

# Forhandlingers betydning for effektivitet ved offentlige anskaffelser – en rettsøkonomisk analyse

Kandidatnummer: 710  
Leveringsfrist: 25. november 2013  
Antall ord: 17 919





## ***Sammendrag***

I oppgaven gjennomføres det en rettsøkonomisk analyse av en mulig endring i de nasjonale reglene for offentlige anskaffelser. Dette gjøres i lys av et sterkt forenklingsfokus i et lovreformarbeid som for tiden pågår både i EU og nasjonalt.

Det tas utgangspunkt i prosedyrereglene for den vanligste av konkurranseformene i offentlige anskaffelser, åpen anbudskonkurranse, og tar for seg en mulig endring av denne med fokus på forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften (FOA) § 12-1. Etter dette forbudet er det i dag ikke anledning for en offentlig oppdragsgiver til å forhandle med leverandørene etter tilbud er mottatt. Dersom oppdragsgiver ønsker en slik dialog må han velge en annen konkurranseform. Den mulige regelendringen som analyseres i oppgaven gir derimot oppdragsgiver en valgfrihet til å innlede etterfølgende forhandlinger også ved åpne anbudskonkurranser, dersom han mener at det vil være fordelaktig for anskaffelsen. Denne endringen er valgt på bakgrunn av at forbudet er kritisert, at Norge etter EØS-avtalen ikke er pliktig til å forby forhandlinger, samt at blant andre Danmark og Frankrike har avskaffet dette forbudet nasjonalt.

Analysen viser fire forhold. For det første viser den at oppdragsgiver trolig vil benytte en slik valgfrihet til å gjøre mindre avklaringer og innlede fulle forhandlinger relativt hyppig. Videre vil regelendringen medføre mindre ressursbruk for oppdragsgivere, økt ressursbruk for leverandører, og en økt ressursbruk totalt sett. For det tredje viser analysen at regelendringen vil virke positivt på konkurransen og særlig gi en forbedret effekt på pris og ytelse. Analysen konkluderer med at regelendringen vil medføre økt kostnadseffektivitet både fra oppdragsgivers perspektiv og i samfunnsøkonomisk forstand. Det medfører også at den nasjonale terskelverdien (som bestemmer når reglene kommer til anvendelse) bør nedjusteres dersom mer effektive anskaffelser skal oppnås.

Avslutningsvis diskuteres det også om regelendringen i det hele tatt medfører en *forenkling*, noe det er vanskelig å konkludere med på grunn av tvetydig bruk av begrepet.



# ***Innholdsfortegnelse***

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Begrepsavklaringer .....	3
1.3	Rettsøkonomi, metode og avgrensninger .....	4
1.4	Opplegget videre .....	5
<b>2</b>	<b>DE SÆRNORSKE ANSKAFFESESREGLENE .....</b>	<b>6</b>
2.1	Anskaffelsesregelverkets historikk .....	6
2.2	Det særnorske anskaffelsesregelverket .....	7
2.3	Reformbehov og forenklingssfokus .....	10
<b>3</b>	<b>FRA FORHANDLINGSFORBUD TIL FORHANDLINGSADGANG VED ANBUDSKONKURRANSER .....</b>	<b>12</b>
3.1	Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser i FOA § 12-1 .....	12
3.2	Anbudskonkurranser med forhandlingsadgang .....	16
3.2.1	Danmark .....	16
3.2.2	Frankrike .....	18
3.3	Endret rettsstilstand ved forhandlingsadgang .....	19
<b>4</b>	<b>ANALYSE AV REGELENDRINGENS BETYDNING FOR KOSTNADSEFFEKTIVITET .....</b>	<b>22</b>
4.1	Kostnadseffektivitet .....	22
4.2	Antatt omfang av forhandlingsadgangen .....	23
4.2.1	Mindre avklaringer .....	24
4.2.2	Fulle forhandlinger .....	24
4.2.3	Oppsummering og resultat .....	29
4.3	Transaksjonskostnader ved regelendringen .....	30
4.3.1	Transaksjonskostnader ved anskaffelser .....	30
4.3.2	Fri avklaringsadgang og forskyvning av avvisningsvurderingen .....	33
4.3.3	Valgfri forhandlingsadgang .....	35

4.3.4	Valg av konkurranseform .....	38
4.3.5	Dialog ved kontraktsinngåelse .....	39
4.3.6	Etterfølgende klager og tvisteløsning om anskaffelsesprosessen .....	40
4.3.7	Endret reguleringsmåte og klarlegging av rettsreglenes innhold .....	41
4.3.8	Oppsummering og resultat .....	44
4.4	Konkurranseeffekter ved regelendringen .....	45
4.4.1	Analyse av konkurranseeffektene .....	45
4.4.2	Oppsummering og resultat .....	49
4.5	Oppsummering og resultat .....	50
<b>5</b>	<b>JUSTERING AV NASJONAL TERSKELVERDI .....</b>	<b>51</b>
5.1	Samfunnsøkonomisk optimal terskelverdi .....	51
5.2	Justert terskelverdi ved regelendring .....	53
<b>6</b>	<b>OM REGELENDRINGEN UTGJØR EN FORENKLING .....</b>	<b>54</b>
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....</b>	<b>57</b>
	<b>LITTERATUR- OG KILDELISTE .....</b>	<b>59</b>

## TABELL- OG FIGURLISTE

Tabell 1 – Identifiserte transaksjonskostnader ved de ulike fasene av anskaffelsen .....	31
Tabell 2 – Medianfremstilling av transaksjonskostnader for de relevante konkurranseformer .....	36
Tabell 3 – Avgjorte KOFA-saker i 2012 og 2013 hvor avvisning av tilbudet er anført som klagegrunn .....	40
Figur 1 – Oversikt over ulike faser i de eksisterende versus den endrede konkurranseformen .....	19
Figur 2 – Når oppdragsgiver vil velge å innlede forhandlinger .....	26

Figur 3 – Oppdragsgivers reduserte betalingsvillighet når transaksjonskostnadene ved forhandlinger hensyntas, skiftanalyse .....	27
Figur 4 – De fire fasene av anskaffelsesprosessen .....	30
Figur 5 – Samfunnsøkonomisk optimal terskelverdi .....	53
Figur 6 – Hvordan økte transaksjonskostnader og konkurranseeffekter påvirker terskelverdien, skiftanalyse .....	54





# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er hvordan reglene i det nasjonale regelverket for offentlige anskaffelser bør utformes for å oppnå effektivitet i samfunnsøkonomisk forstand. I oppgaven tar jeg for meg en potensiell regelendring i det særnorske anskaffelsesregelverket basert på et behov for å forenkle regelverket. Fra et rettsøkonomisk perspektiv vil jeg analysere hvilken betydning en gitt og mulig forenkling av regelutforming har for hvorvidt målsetningen om mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser<sup>1</sup> oppnås. Problemstillingen er dagsaktuell i forbindelse med et pågående reformarbeid av anskaffelsesreglene i både EU og Norge. I juni 2013 ble EU-organene enige om innholdet i de nye anskaffelsesdirektivene etter trilogforhandlinger mellom Rådet, EU-parlamentet og Kommisjonen, hvor det er gjort en del forenklinger i prosedyrereglene og dokumentasjonskravene.<sup>2</sup> I tillegg er det vedtatt økt mulighet til å gjennomføre forhandlinger fremfor tradisjonelle anbudskonkurranser. I forbindelse med dette reformarbeidet nedsatte Stoltenberg II-regjeringen i desember 2012 det såkalte *Forenklingsutvalget*, hvis oppgave er å gjennomgå, samt foreslå forenklinger, av den særnorske delen av regelverket om offentlige anskaffelser.<sup>3</sup>

I lys av dette reformarbeidet ønsket jeg å ta for meg en mulig endring av regelverket, for å analysere den fra et rettsøkonomisk perspektiv og undersøke om den vil utgjøre en forenkling. Denne endringen er basert på innspill jeg har fått fra flere personer i anskaffelsesmiljøet fra samtaler som ble gjennomført i en innledende fase av oppgavearbeidet. Regelendringen jeg vil ta for meg innebærer en avskaffelse av forhandlingsforbudet ved åpne anbudskonkurranser i den delen av anskaffelsesregelverket der Norges forpliktelser etter EØS-avtalen om å følge EUs anskaffelsesregler ikke kommer til anvendelse.<sup>4</sup> En slik regelendring vil først og fremst gi oppdragsgiver anledning til å forhandle med tilbydere etter at tilbud er levert, men også gi oppdragsgiver større fleksibilitet til å gjøre

---

<sup>1</sup> LOA § 1

<sup>2</sup> UD (2013)

<sup>3</sup> FAD (2012b)

<sup>4</sup> FOA § 12-1

avklaringer med leverandørene og endret praktisering av plikten til å avvise nærmere bestemte tilbud fra konkurransen. Denne «nye» konkurranseformen eksisterer allerede i både Danmark og Frankrike.

Etter en kort gjennomgang av bakgrunnen for anskaffelsesreglene vil jeg først redegjøre for hvilke konsekvenser regelendringen får for rettsstilstanden. I tillegg til forhandlingsadgang ved anbudskonkurranser fører endringen også en del andre konsekvenser med seg. Blant annet vil endringen gi oppdragsgiver større adgang til å gjøre avklaringer enn i dag, samt at spørsmål om hvorvidt oppdragsgiver har en plikt til å avvise leverandører på grunn av forhold ved leverte tilbud vil oppstå sjeldnere. Regelendringen medfører at oppdragsgiver får økt skjønnskompetanse, og risikoen for at leverandørene forskjellsbehandles blir derfor større.

Deretter vil det foretas en analyse av hvilke konsekvenser som regelendringen antas å få for kostnadseffektiviteten ved anskaffelsene. Basert på hvordan det forventes at oppdragsgivere og leverandører som rasjonelle aktører forventes å tilpasse seg et endret regelverk, vil analysen besvare hvordan regelendringen påvirker kostnadseffektivitet ved anskaffelser. Det gjøres ved å se på hvilke ulemper endringen medfører i form av kostnader, og gevinster i form av endret konkurranse. Til inspirasjon for kostnadsanalysen har jeg benyttet en studie utført i forbindelse med EUs direktivforslag.<sup>5</sup> Denne utredningen indikerer i stor grad hvilke *transaksjonskostnader* som aktørene påføres i forbindelse med anskaffelser. Når det gjelder analysen av *konkurranseeffekter* så er en britisk rapport benyttet,<sup>6</sup> sammen med en empirisk studie fra Frankrike der effektene fra innføringen av en konkurranseform som er nokså lik den foreslåtte regelendringen analyseres.<sup>7</sup>

Videre diskuterer jeg hvorvidt dagens terskelverdi, som er vilkåret for om en anskaffelse skal gjennomføres i tråd med de aktuelle anskaffelsesreglene ut fra et rettsøkonomisk synspunkt, bør justeres dersom kostnadseffektivitet skal oppnås. Til slutt i oppgaven

---

<sup>5</sup> PWC (2011)

<sup>6</sup> Econ (2004)

<sup>7</sup> Chever (2013)

diskuteres forenklingsbegrepet nærmere for å kunne si hvorvidt regelendringen faktisk vil utgjøre en forenkling.

## 1.2 Begrepsavklaringer

En del begreper vil gjennomgående bli benyttet i oppgaven. Disse har den betydningen som beskrevet her, med mindre noe annet fremgår av fremstillingen.

Med *anskaffelse* menes ethvert forsøk fra en oppdragsgiver på å inngå kontrakt med en leverandør om et *oppdrag* bestående av kjøp av ytelser som varer, tjenester og entrepriseoppdrag. *Oppdragsgiver* er betegnelsen på organet som er kjøper og forstås som en offentlig virksomhet, vanligvis knyttet til statlig- eller kommunal sektor. En ansatt som gjennomfører anskaffelsen på vegne av oppdragsgiver betegnes som *innkjøper*. Med *leverandør* eller *tilbyder* forstås enhver som ønsker å inngå kontrakt med oppdragsgiver. Samlet utgjør oppdragsgiver og leverandør *aktørene*. Med *anskaffelsesregelverket* forstås det norske regelverket som oppdragsgivere er pålagt å følge, og som presenteres i punkt 1.4 nedenfor. En *anskaffelsesprosess* er den regulerte fremgangsmåten som oppdragsgiver følger for å gjennomføre konkurransen fra hans behov oppstår til enten kontrakt er inngått eller konkurransen er avlyst. Med *skjønnskompentanse* forstås oppdragsgivers frihet til å gjøre skjønnsmessige vurderinger ved anvendelsen av anskaffelsesreglene ved gjennomføringen av konkurransen. Med *forhandlinger* menes enhver kommunikasjon mellom aktørene som medfører at innholdet i leverandørens innleverte tilbud endres. Med *forenkling* eller *regelforenkling* forstås en normativ målsetning om å forbedre regelverket ved på gjøre forenklingende grep, se forøvrig diskusjonen av begrepet i kapittel 6 nedenfor. Med *terskelverdier* forstås beløpsgrensene for når ulike deler av anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse for det enkelte anskaffelsesoppdraget. Den *nasjonale terskelverdien* utgjør for tiden 500 000 kroner eksklusive merverdiavgift.<sup>8</sup> EU-terskelverdiene, benevnt *EØS-tersklene*, er hjemlet i anskaffelsesdirektivet 2004/18/EC og utgjør for tiden 1,6 millioner kroner for vare- og tjenestekontrakter og 40 millioner kroner eksklusive merverdiavgift for bygg- og anleggskontrakter.<sup>9</sup> For anskaffelser med oppdragsverdi under EØS-tersklene, men over en nasjonal terskelverdi er det de nasjonale reglene som gjelder. I tillegg er særskilte kontraktstyper spesifisert

<sup>8</sup> FOA § 2-1 andre ledd

<sup>9</sup> FOA § 2-2 første ledd

med differensierte terskelverdier, men da de nevnte omfatter de mest vanlige kontraktene så presenteres ikke disse her.

### 1.3 Rettsøkonomi, metode og avgrensninger

I rettsøkonomien er man opptatt av hvordan regler bør utformes for å nå sine formål i et samfunnsøkonomisk perspektiv, og effektivitetsbetraktninger står sentralt. Andre hensyn, som ofte springer ut av rettferdighets- og fordelingsbetraktninger, kan lett komme i konflikt med økonomiske betraktninger. Mens rettsøkonomiske analyser bidrar med argumenter om hvilke samfunnsøkonomiske virkninger reguleringer må forventes å få, er det en oppgave for lovgiver å gjøre de moralske avveiningene mellom motstridene hensyn når lovvedtak fattes. Derfor er det naturlig å fokusere på målsetningen om å sikre mest mulig effektiv offentlig ressursbruk,<sup>10</sup> og dermed avgrense mot andre politiske hensyn som universell utforming og miljø.<sup>11</sup> Effektiv ressursbruk kan enten ses på fra det offentliges perspektiv hvor man er opptatt av at de skal gjøre best mulig anskaffelser til lavest mulige kostnader for seg selv, fra leverandørens perspektiv om å maksimere profitt, eller fra et samfunnsøkonomisk perspektiv der man ser på virkningene av regelverket for samfunnet som helhet. I denne oppgaven vil anskaffelsesreglene først og fremst vurderes ut fra det samfunnsøkonomiske perspektivet, fordi denne innfallsvinkelen for analysen antas å gi bredere rettspolitiske argumenter for hvordan regelverket bør være utformet.

Den norske anskaffelsesretten er i stor grad basert på Norges EØS- og WTO-rettslige forpliktelser. Norge har likevel et spillerom hvor de kan etablere nasjonale regler uavhengig av sine folkerettslige forpliktelser. Fordi revisjon av dette særnorske regelverket har aktualitet mens denne avhandlingen gjøres, vil det derfor avgrenses mot EØS- og WTO-rettslige problemstillinger i den grad de ikke er nødvendige for forståelsen av det norske regelverket. Videre tar oppgaven kun for seg regelverket for den såkalte *klassiske sektor* som omfatter de fleste anskaffelser av varer, tjenester og bygg- og anlegg, og er slik sett det mest praktisk anvendelige for norske oppdragsgivere og leverandører.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Bakken (2013), s. 20

<sup>11</sup> LOA § 6 og FOA § 3-1 åttende ledd

<sup>12</sup> Bakken (2013), s. 20

Analysen gjennomgår virkningene av å avskaffe forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. I utgangspunktet kan dette omfatte både åpne og begrensede anbudskonkurranser fordi begge omfattes av forbudet. Forskjellen mellom konkurranseformene er at ved åpne anbudskonkurranser inviteres alle leverandører i markedet til å delta, mens ved begrensede anbudskonkurranser er det kun de leverandører som inviteres etter en såkalt *prekvalifisering* som får delta.<sup>13</sup> Av hensyn til oppgavens omfang vil kun virkningene ved åpne anbudskonkurranser bli analysert, og det avgrenses mot begrenset anbudskonkurranse og de øvrige anskaffelsesprosedyrer som er tillatt i anskaffelsesforskriften del II. Dette innebærer at oppgaven ikke tar for seg hvordan innføring av forhandlingsmuligheter i dagens åpne anbudskonkurranse vil påvirke de andre konkurranseformene, herunder konkurranse med forhandlinger, eller regelverket forøvrig.

Det gjøres også en avgrensing mot kostnadselementer i tilknytning til aktørenes anskaffelsesfaglige kyndighet, eksempelvis kunnskaper hvordan forretningsmessig gode forhandlinger gjennomføres. Det er naturlig at økt bruk av forhandlinger vil medføre behov for blant annet kompetanseheving for aktørene, men fordi krav til anskaffelsesfaglig kompetanse ikke omfattes direkte av regelverket, avgrenses det mot slike kostnadselementer.

#### **1.4 Opplegget videre**

I kapittel 2 vil det gis en presentasjon av det nasjonale regelverket for offentlige anskaffelser, og på bakgrunn av det vil forhandlingsforbudet og den aktuelle regelendringen redegjøres for i kapittel 3. Den rettsøkonomiske analysen av regelendringens betydning for kostnadseffektive anskaffelser vil deretter gjøres i kapittel 4. Her vil først innholdet i effektivitetsbegrepet diskuteres, etterfulgt av en diskusjon av hvor ofte forhandlingsadgangen vil benyttes, før analyse av henholdsvis transaksjonskostnader og konkurranseeffekter. Deretter vil en eventuell justering av terskelverdien diskuteres i kapittel 5, før forenklingsbegrepet diskuteres i kapittel 6. Til slutt vil det i kapittel 7 knyttes en del avsluttende bemerkninger til denne rettsøkonomiske analysen.

---

<sup>13</sup> FOA § 4-2

## 2 De særnorske anskaffelsesreglene

I dette kapitlet presenteres en kortfattet oversikt over anskaffelsesreglene som er forankret nasjonalt – de *særnorske* anskaffelsesreglene.

### 2.1 Anskaffelsesregelverkets historikk

Statlige anskaffelser av varer og tjenester har vært regulert siden 1899, og har siden da vært basert på målsetningen om å sikre konkurranse ved offentlige anskaffelser.<sup>14</sup> Ved en revisjon av de nasjonale reglene i 1978 ble «Regelverk for Statens Anskaffelsesvirksomhet» innført og fastsatte da en prosedyre for statlige anskaffelser som oversteg beløpsgrensen på 150 000 kroner.<sup>15</sup> Ikrafttreddelsen av EØS-avtalen i 1994 medførte et nytt regelverk der flere direktiver om offentlige anskaffelser ble implementert.<sup>16</sup> Samme år forpliktet Norge seg til å følge «WTO-avtalen om offentlige anskaffelser», som også omfatter anskaffelser fra land utover EØS-området.<sup>17</sup>

I 1995 ble det igangsatt et lovreformarbeid for å sikre et enhetlig regelverk som kombinerte folkerettslige krav til, og nasjonale målsetninger for, offentlige anskaffelser.<sup>18</sup> Tronslinutvalget leverte sine anbefalinger til departementet gjennom utredningen «NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser», og basert på lovforarbeidene ble lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (heretter *anskaffelsesloven* eller *LOA*) vedtatt. I tråd med daværende anskaffelsesdirektiver ble EØS-tersklene lagt til grunn for når anskaffelsesreglene etter EØS-retten kom til anvendelse. Det ble bestemt at de nasjonale reglene skulle gjelde for anskaffelser med oppdragsverdi under EØS-tersklene, men over den nasjonale terskelverdien. Disse særnorske reglene bar likevel stor preg av å være tuftet på EØS-reglene, noe de fremdeles gjør. Den alminnelige anbudsretten, som var ulovfestet og hadde røtter tilbake til 1800-tallet,<sup>19</sup> ble samtidig lovfestet og harmonisert med EØS-retten. Om detaljeringsnivået på konkurransereglene påpekte lovutvalget at de tre prosedyrene – åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger – skulle være likestilte selv om anbudsprosedyrene ville frem-

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 71 (1997-1998), pkt. 3.1

<sup>15</sup> NOU 1975: 9

<sup>16</sup> EP/Rdir 1992/50/EØF, EP/Rdir 1993/36/EØF og EP/Rdir 1993/37/EØF

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 71 (1997-1998), pkt. 3.2.1

<sup>18</sup> *Ibid.*, pkt. 2.3.1

<sup>19</sup> NOU 1975: 9, pkt. 11.1

stå som mer detaljorientert på grunn av forhandlingsforbudet.<sup>20</sup> Gjennom det nye regelverket ble også leverandørenes rettsstilling styrket ved at også brudd på anskaffelsesreglene under EØS-tersklene, og ikke bare anskaffelsesdirektivene, kunne påklages for domstolene. Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften trådte i kraft i 2001.

Tronslinutvalget påpekte videre at det burde vurderes å innføre anskaffelsesregler også for kommunalsektoren.<sup>21</sup> Basert på en etterfølgende konsekvensundersøkelse av å innføre prosedyreregler for anskaffelser under EØS-tersklene i kommunesektoren, vedtok Stortinget i 2000 å endre anskaffelsesloven slik at de særnorske reglene gjaldt for både statlig og kommunal sektor.<sup>22</sup> Samtidig vedtok Stortinget å etablere et uavhengig klageorgan for brudd på anskaffelsesreglene som skulle effektivisere håndhevelsen og gi en raskere og rimeligere klagemulighet for leverandørene.<sup>23</sup> I 2003 ble derfor Klagenemnda for offentlige anskaffelser (*KOFA*) opprettet som et rådgivende organ.<sup>24</sup>

## 2.2 Det særnorske anskaffelsesregelverket

Regelverket for offentlige anskaffelser innen klassisk sektor er som sagt i stor grad tuffet på anskaffelsesdirektivet 2004/17/EU som er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett gjennom anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Det særnorske regelverket utgjør de delene av anskaffelsesforskriften som ikke får anvendelse på anskaffelser over EØS-tersklene. Dette utgjør de materielle grunnreglene i anskaffelsesloven og de mer konkrete reglene i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (heretter *anskaffelsesforskriften* eller *FOA*) del I og II, jf. FOA § 2-1 første og andre ledd. FOA del I inneholder grunnleggende bestemmelser og får anvendelse for alle offentlige anskaffelser uavhengig av størrelse på kontraktsverdien. FOA del II, der anskaffelsesforbudet som skal analyseres i denne oppgaven befinner seg, får anvendelse for oppdrag som overstiger den nasjonale terskelverdien, men som befinner seg under EØS-tersklene. Reglene omfatter først og fremst alle statlige-, fylkeskommunale- og kommunale virksomheter, inkludert institusjoner og forvaltningsbedrifter som ikke er

---

<sup>20</sup> NOU 1975: 9, pkt. 18.4

<sup>21</sup> NOU 1997: 21

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 3 (2000-2001)

<sup>23</sup> *Ibid.*, pkt. 4.3.4

<sup>24</sup> KOFA-forskriften § 17

selvstendige rettssubjekter slik som kommunale foretak.<sup>25</sup> Også offentligrettslige organer som aksjeselskap og statsforetak, der virksomheten og tilknytningen til offentlige virksomheter er sterk, er omfattet av reglene, jf. FOA § 1-2 andre ledd. Studien PWC (20122) viser at i perioden 2009-2012 er 28 prosent av de norske anskaffelsene over EØS-tersklene, og at disse anskaffelsene representerer 77 prosent av kontraktsverdiene.<sup>26</sup> Dette viser at det er de særnorske reglene som kommer til anvendelse i flertallet av anskaffelsene.

Formålet med anskaffelsesregelverket er nedfelt i LOA § 1:

*«Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte»* (min utheving).

Hovedformålet bak regelverket er det såkalte *effektivitetshensynet*, hvor oppdragsgiver gis en plikt til å anskaffe varer, tjenester og arbeid til ønsket kvalitet og lavest mulig pris.<sup>27</sup> To vesentlige virkemidler for å sikre målet er kravet til *forretningsmessighet* og hensynet til *likebehandling* av leverandører.<sup>28</sup> At anskaffelser skal skje basert på forretningsmessighet innebærer at det kun er økonomiske vurderinger som skal ligge til grunn for oppdragsgivers konkurranseutsetting og valg av leverandør.<sup>29</sup> Kravet til forretningsmessighet kommer i praksis til uttrykk gjennom de grunnleggende krav oppstilt i LOA § 5 og FOA § 3-1 som gjelder for alle offentlige anskaffelser, særlig gjennom kravet til å benytte konkurranse så langt som mulig, opptre i samsvar med god forretningskikk samt kravene til å sikre forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Særlig er kravet til likebehandling av leverandørene et grunnleggende og alminnelig prinsipp i anskaffelsesretten.<sup>30</sup> Prinsippet innebærer at alle leverandører har krav på de

<sup>25</sup> Bakken (2013), s. 23-24

<sup>26</sup> PWC (2013), s. 4, figur 2

<sup>27</sup> Amdal (2004), s. 20-21

<sup>28</sup> *Ibid.*, s. 19

<sup>29</sup> *Ibid.*, s. 21. Ot.prp. nr 71 (1997-1998), s. 31

<sup>30</sup> Amdal (2004), s. 22



samme rettighetene og mulighetene i en anskaffelsesprosess, som å få samme tilgang på informasjon, like muligheter, samt å kunne delta i konkurransen på de samme vilkår.<sup>31</sup> Prinsippet kan påberopes av leverandører som vurderer om de vil delta, som faktisk deltar, og som kunne ha deltatt i anskaffelsesprosessen.<sup>32</sup> Dette skal sikre utvikling av effektiv konkurranse og lede til at kontrakt inngås på grunnlag av det beste tilbudet.<sup>33</sup> Også kravet til likebehandling kommer direkte til uttrykk i LOA § 5 og FOA § 3-1, samt indirekte gjennom flere av prosedyrereglene i anskaffelsesforskriften. I det videre vil det kun vises til LOA § 5 når det er snakk om de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene, da bestemmelsen også omfatter FOA § 3-1.

For anskaffelser over den nasjonale terskelverdien og under EØS-tersklene er de tre anskaffelsesprosedyrene «åpen eller begrenset anbudskonkurranse» og «konkurranse med forhandling» tillatt, jf. FOA § 5-1, jf. § 2-1. Det vil si at anskaffelser uten forutgående kunngjøring og konkurranseformen «konkurransepreget dialog» ikke er lovlig for disse anskaffelsene. Det er gjort unntak for enkelte kontraktstyper som til tross for å være over nasjonal terskelverdi skal gjennomføres etter FOA del I,<sup>34</sup> men disse vil ikke bli behandlet.

EØS-retten pålegger statene å sikre at anskaffelsesreglene gjennomføres og håndheves gjennom nasjonale prosessregler.<sup>35</sup> Det særnorske anskaffelsesregelverket håndheves gjennom muligheten for å klage til oppdragsgiver, klage til KOFA eller ved å anlegge sak for de alminnelige domstolene. En leverandør som anser seg forbigått kan klage på forholdet direkte til oppdragsgiver. Oppdragsgiver plikter «i rimelig tid» før kontrakt inngås å meddele leverandørene om tildelingen, samtidig som leverandørvalget begrunnes og det opplyses om klagefrist og karenperiode.<sup>36</sup> Karenperioden er som regel på 10 arbeidsdager, og hvis leverandør klager i denne perioden så er oppdragsgiver rettslig forhindret fra å inngå kontrakt.<sup>37</sup> Klagefristen er separat, men oftest settes klagefristen

---

<sup>31</sup> Arrowsmith (2005), s. 426

<sup>32</sup> Amdal (2004), s. 23

<sup>33</sup> Arrowsmith (2005), s. 426

<sup>34</sup> FOA § 2-1 andre ledd bokstav a til f

<sup>35</sup> EP/Rdir 2007/66/EU

<sup>36</sup> FOA § 13-3

<sup>37</sup> Bakken (2013), s. 183

til karenperiodens utløp.<sup>38</sup> Leverandøren kan også klage til KOFA innen 6 måneder, men må da betale et gebyr på 8 000 kroner.<sup>39</sup> Nemdas uttalelser er, med unntak av ved ulovlige direkteanskaffelser, kun rådgivende, men ofte vil oppdragsgivere forsøke å rette opp i påpekte forhold.<sup>40</sup> Endelig kan leverandør angripe beslutningen ved å anlegge søksmål for domstolene om å tilsidesette beslutningen, ta ut midlertidig forføyning for å stanse prosessen eller kontraktsinngåelsen, kreve at sanksjoner ilegges og/eller kreve erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.<sup>41</sup>

### 2.3 Reformbehov og forenklingsfokus

I PWC (2011) er transaksjonskostnadene forbundet med anskaffelsesprosessen for både oppdragsgiver og leverandører i samtlige EU- og EØS-land gjennomgått. Undersøkelsen viser at de norske aktørene i gjennomsnitt til sammen bruker 445 000 kroner (54 500 euro) på å gjennomføre en anskaffelse over EØS-tersklene, og for oppdragsgiver alene er kostnaden 78 000 kroner (9 600 euro).<sup>42</sup> En sammenligning av kostnadene i kronebeløp med andre europeiske land er lite hensiktsmessig fordi kostnadsnivået varierer, og i rapporten blir anskaffelseskostnadene derfor beregnet som en relativ andel av de samlede kontaktsummene det anskaffelses for (volumet). Beregningen viser at Norge har de nest høyeste kostnadene i Europa, med kostnader som utgjør drøye 4 prosent av volumet.<sup>43</sup> Det er langt mer enn det europeiske gjennomsnittet på 1,4 prosent.<sup>44</sup> Som en del av arbeidet med å gjennomgå de norske konsekvensene av EØS-avtalen, ble rapporten kommentert i *Europautredningen*.<sup>45</sup> Utvalget kommenterte at utover det at man er grundigere og mer nøyaktig i Norge, så kan de høye kostnadene «også leses som indikasjon på at norske myndigheter har gått lenger enn nødvendig i å følge alle detaljer i det omfattende regelverket til punkt og prikke». <sup>46</sup> Utvalget uttaler videre at «det [har] vært hevdet at de offentlige innkjøperne står i fare for å bli mer opptatt av hva som er formelt korrekt prosess enn å konsentrere seg om hva som er de gunstigste anskaffelse-

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, s. 213

<sup>39</sup> KOFA-forskriften §§ 6 andre ledd og 13

<sup>40</sup> Bakken (2013), s. 216

<sup>41</sup> *Ibid.*, s. 218

<sup>42</sup> PWC (2011), s. 88

<sup>43</sup> PWC (2011), s. 90

<sup>44</sup> *Ibid.*, s. 90

<sup>45</sup> NOU 2012:2

<sup>46</sup> *Ibid.*, s. 416

ne. De kan bli uforholdsmessig opphengt i pris på bekostning av andre kriterier (selv om det etter reglene er full adgang til også å vektlegge andre forhold). Noen undersøkelser av dette har imidlertid ikke vært gjort».<sup>47</sup> Både PWC (2011) og Europautredningen fokuserer på reglene som springer ut av EU-direktivene, men også det særnorske regelverket har blitt utsatt for økende kritikk om at det har blitt for detaljert, komplisert og formalistisk.<sup>48</sup> Som nevnt er det ikke gjort særlige studier av om reglene faktisk har denne virkningen.

Det gjeldende anskaffelsesdirektivet om offentlige anskaffelser for klassisk sektor (2004/18/EU) ble basert på et omfattende lovforarbeid foreslått endret av EU-kommisjonen i 2011.<sup>49</sup> Ett av to hovedmål bak revisjonen er å oppnå økt effektivitet ved at offentlige anskaffelser skal gi bedre «*value for money*», blant annet ved å gjøre det eksisterende regelverket enklere og mer fleksibelt.<sup>50</sup> I juli 2013 ble EU-organene enige om innholdet tre nye anskaffelsesdirektiver,<sup>51</sup> hvorav ett for klassisk sektor som er ventet å bli formelt vedtatt av Europaparlamentet i desember 2013 og Rådet primo 2014.<sup>52</sup> Det nye anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor vil i følge den omforente versjonen gi økt adgang for oppdragsgiver til å benytte forhandlinger gjennom den allerede eksisterende forhandlingsprosedyren.<sup>53</sup> I fortalen til direktivutkastet heter det i den forbindelse at «[d]et er et sterkt behov for oppdragsgiver å ha ytterligere fleksibilitet til å velge en anskaffelsesprosedyre som muliggjør forhandlinger. (...) Medlemsstater bør ha muligheten til å muliggjøre bruken av prosedyren konkurranse med forhandlinger eller konkurransepreget dialog i ulike situasjoner der det ikke er sannsynlig at åpen eller begrenset anbudskonkurranse uten forhandlinger vil lede til tilfredsstillende anskaffelsesresultater» (min oversettelse).<sup>54</sup> Dette understreker behovet for å gi oppdragsgiver fleksibilitet til å kunne innlede forhandlinger når han anser at den tradisjonelle anbudskonkurransen ikke vil sørge for en best mulig anskaffelse.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, s. 416-417

<sup>48</sup> *Ibid.*, s. 417

<sup>49</sup> COM (2011) 896

<sup>50</sup> *Ibid.*, s. 2

<sup>51</sup> FAD (2013a)

<sup>52</sup> Konkurrence- og Forbruksstyrelsen (2013b)

<sup>53</sup> COD (2011) 438, s. 108-110 (art. 28)

<sup>54</sup> *Ibid.*, s. 20, premiss 15

I forbindelse med revisjon av EU-direktivene ga regjeringen Forenklingsutvalget i mandat å gjennomgå de særnorske anskaffelsesreglene, som i løpet av 2014 skal fremlegge endringsforslag til anskaffelsesloven og FOA del I og II.<sup>55</sup> Mandatet omfatter behovet for særnorske regler med fokus på å muliggjøre forenklede og mer fleksible regler, samt et passende nivå for en eventuell nasjonal terskelverdi. I mandatet presiseres det at et «*viktig mål for arbeidet er å forenkle regelverket*».<sup>56</sup> Som bakgrunn for målsetningen trekkes kritikken fra Europautredningen nevnt ovenfor frem. Departementet legger til grunn en vekst i klage- og rettssaker og uttaler at «*[s]om følge av denne utviklingen kan det i mange tilfeller se ut som om fokuset på de prosessrettslige sidene ved offentlige anskaffelser er i ferd med å overskygge de anskaffelsesfaglige*». Regelendringer som bidrar til forenkling er altså svært dagsaktuelle. Imidlertid er ikke forenklingsbegrepet entydig når det gjelder hva som kjennetegner en regelforenkling, noe som diskuteres nærmere i kapittel 6.

### 3 Fra forhandlingsforbud til forhandlingsadgang ved anbudskonkurranser

I denne oppgaven vil det gjøres en rettsøkonomisk analyse av hvilken betydning en regelendring hvor man fjerner forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser vil ha for kostnadseffektive anskaffelser. I dette kapittelet vil det først redegjøres for dagens regelverk på området. Deretter vil det gjøres en kort presentasjon av et regelsett for anbudskonkurranser med forhandlingsadgang, slik dette er regulert i Danmark. Til slutt gjøres en vurdering av hva rettstilstanden forventes å bli ved en regelendring.

#### 3.1 Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser i FOA § 12-1

Forhandlingsforbudet er en del av prosedyrereglene ved anbudskonkurransene i anskaffelsesforskriften, og gjelder både anskaffelser over nasjonal terskelverdi og EØS-tersklene under åpen- og begrenset anbudskonkurranse.<sup>57</sup> For åpen anbudskonkurranse under EØS-tersklene er det bestemmelsen i FOA § 12-1 som gjelder. Denne lyder som følger:

---

<sup>55</sup> FAD (2012b)

<sup>56</sup> *Ibid.*, s. 5

<sup>57</sup> Hhv. FOA §§ 12-1 og 21-1

«§ 12-1. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser

- (1) *Ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet.*
- (2) *Det er adgang til følgende avklaringer av tilbudene:*
  - a. *oppdragsgiver kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklartheter og ufullstendigheter i tilbudene. Avklaring skal unnlates dersom uklarthetene og ufullstendighetene er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 11-11 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet),*
  - b. *når det gjelder løsninger, arbeidsmetoder eller materialer som leverandøren selv foreslår, kan oppdragsgiver be leverandøren foreta utdypninger og klargjøringer om hvordan kravene i konkurransegrunnlaget vil bli ivaretatt, eller*
  - c. *dersom det av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, kan det gjøres mindre justeringer i de løsninger leverandøren har fremsatt.*
- (3) *Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. Andre åpenbare feil vurderes etter regelen i § 11-11 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).»*

Formålet med forbudet er blant annet å sikre likebehandling av leverandørene og reell konkurranse.<sup>58</sup> Forbudet medfører for det første at oppdragsgiver og leverandør ikke kan ha noen reelle forhandlinger om tilbudene slik at disse endres. Dette gjør at anbudskonkurranse i dag ikke er egnet konkurranseform dersom oppdragsgiver ønsker å gjennomføre forhandlinger på grunnlag av tilbudene. Dette står i sterk kontrast til «konkurranse med forhandlinger», der det er adgang til å forhandle om alle sider ved tilbudet og hvor tilbudet kan revideres og reevalueres helt frem til tildeling, jf. FOA § 11-8 andre ledd. Forbudet utgjør dermed en sterk begrensning på muligheten til å forhandle frem et tilbud som er mer tilpasset oppdragsgivers behov eller gunstigere rent pris- og kvalitetsmessig.

---

<sup>58</sup> Bakken (2013), s. 148

Forbudet medfører også at leverandør og oppdragsgiver kun i svært begrenset omfang kan kommunisere med hverandre etter tilbudsfristen utløp. KOFA-sak 2011/55 illustrer grenselinjene for forbudet der oppdragsgiver gjennomførte intervjuer av potensielle nøkkelpersoner som en del av tilbudsevalueringen, uten at nemda kom til at oppdragsgiver hadde brutt forhandlingsforbudet (dissens 2-1). Forhandlingsforbudet gjelder fra tilbudsfristens utløp til kontrakt er inngått.<sup>59</sup> Dersom oppdragsgiver ved gjennomgang og evaluering av tilbudet opplever at det enten er uklart, har mangler eller trenger justering, så må det gjøres en vurdering av hvorvidt det skal foretas avklaringer eller om tilbudet skal avvises. I departementets veileder til plikten uttales følgende om grensen mellom avklaringsadgangen og avvisningsplikten:<sup>60</sup>

*«Oppdragsgiver har en viss adgang til å ta kontakt med leverandøren for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Det er imidlertid kun adgang til å foreta avklaringer dersom det ikke er forhold ved tilbudet som gjør at oppdragsgiver plikter å avvise det. Dette vil særlig gjelde tilbud der det grunnet uklarheter og lignende er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er derfor kun uklarheter som knytter seg til ikke-vesentlige forhold som kan avklares, i motsatt fall foreligger en avvisningsplikt. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke har adgang til en avklaring som påvirker rangeringen av tilbudene (...)».*

Det er to kategorier av avvisningsgrunner, hhv. på grunn av forhold ved leverandøren i FOA § 11-10 og forhold ved tilbudet i FOA § 11-11. Forhold ved leverandøren er kvalifikasjonskrav det som regel ikke er aktuelt å endre,<sup>61</sup> og det legges derfor til grunn her at forhandlingsforbudet ikke påvirker disse forholdene, slik at kun avvisningsforhold ved tilbudet analyseres. Plikten innebærer at oppdragsgiver skal avvise tilbudet dersom forholdet utgjør en av de såkalt absolutte avvisningsgrunnene oppstilt i FOA § 11-11 første ledd. Dersom det er tatt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene eller det foreligger vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene etter hhv. bokstav d og e, må oppdragsgiver gjøre en konkret helhetsvurdering av hvorvidt vesentlighetskravet er opp-

<sup>59</sup> KOFA-sak 2011/146, premiss 28

<sup>60</sup> FAD (2012a), s. 156

<sup>61</sup> Det utelukkes ikke at forbudet kan påvirke FOA § 11-10, sml. KOFA-sak 2011/131, premiss 80

fylt.<sup>62</sup> Dersom tilbudet er utformet slik at det kan medføre tvil om hvordan det skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud etter bokstav f, må det gjøres en konkret vurdering om det foreligger såkalt relativ bedømmelsestvil. I tillegg er terskelen lav for at en uklarhet eller lignende er til hinder for at tilbudene kan sammenlignes, noe som KOFA la til grunn i sak 2009/281.<sup>63</sup> Dersom innholdet i tilbudet i praksis kun kan fastsettes gjennom forhandlinger, plikter oppdragsgiver likevel å avvise tilbudet i tråd med FOA § 11-11 første ledd bokstav f.<sup>64</sup> Ved mindre alvorlige mangler har oppdragsgiver rett til å avvise for såkalte relative avvisningsgrunner, jf. FOA § 11-11 andre ledd. Denne vurderingen er basert på en skjønnsmessig vurdering som også må ivareta de grunnleggende prinsippene i LOA § 5.<sup>65</sup> Først når oppdragsgiver har vurdert og funnet at forholdet ikke medfører en avvisingsplikt kan han benytte avklaringsadgangen i FOA § 12-1 andre ledd. Avklaringsadgangen skal likevel tolkes snevert.<sup>66</sup> Hensynet til likebehandling gjør at det ikke kan gjøres avklaringer om vesentlige deler av tilbudet, som pris, eller forhold som har betydning for rangeringen av tilbudet.<sup>67</sup>

En gjennomgang av KOFA-praksis viser at det særlig er avvisningsplikten i FOA § 11-11 første ledd bokstav e (tatt vesentlige avvik) og f (tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes) som er mye omtvistet. Dersom oppdragsgiver anvender rettsreglene feil, for eksempel ved å foreta urettmessige avklaringer, avvisninger eller unnlatelser, er dette beslutninger som kan angripes rettslig gjennom klage til KOFA og søksmål. Her risikerer altså oppdragsgiver en rekke sanksjoner og tidkrevende tvister dersom rettsanvendelsen er feil. Samtidig risikerer oppdragsgiver å inngå kontrakter på et grunnlag som inneholder usikkerhetsmomenter, hvor avklaring i forkant av tildeling vil kunne forhindre diskusjon etter kontraktsinngåelsen. Dersom situasjonen i tillegg er slik at oppdragsgiver er i tvil om forholdet faktisk utgjør et vesentlig forbehold eller avvik, men anser det for mest sannsynligvis at det ikke er tilfellet, argumenterer Goller for en mindre streng fortolkning av bestemmelsens ordlyd.<sup>68</sup> For disse tilfellene er det også i øvrig

---

<sup>62</sup> Goller (2011), s. 114

<sup>63</sup> Bakken (2013), s. 170

<sup>64</sup> FAD (2012a), s. 156

<sup>65</sup> Bakken (2013), s. 156

<sup>66</sup> *Ibid.*, s. 149

<sup>67</sup> *Ibid.*, s. 150

<sup>68</sup> Goller (2011), s. 125

litteratur blitt argumentert for en mer fleksibel tolkning av avklaringsadgangen, under henvisning til at «*det i mange tilfeller bare vil være en teoretisk risiko for konkurransevridding, og der en streng praksis vil være unødig formalisme og hemme konkurransen fordi tilbydere ekskluderes*», men spørsmålet er ikke endelig løst i praksis verken for det norske eller EØS-rettslige forbudet.<sup>69</sup> I tillegg vil usikkerhet om hvorvidt oppdragsgiver har avklaringsadgang kunne medføre at de beste tilbudene avvises, istedenfor at de realiseres gjennom kontraktstildeling.

### 3.2 Anbudskonkurranser med forhandlingsadgang

I den rettsøkonomiske analysen forutsettes det at dagens åpne anbudskonkurranse erstattes med en annerledes konkurranseform. På bakgrunn av fremstillingen ovenfor om dagens forhandlingsforbud, og i lys av oppgavens formål om å gjøre en rettsøkonomisk analyse av en regelendring med et forenklingfokus, vil det nå redegjøres kort for denne konkurranseformen som her omtales som *anbudskonkurranser med forhandlingsadgang*. Det gjøres først ved å presentere den danske konkurranseformen, og deretter kort presentere en lignende modell i de franske anskaffelsesreglene.

#### 3.2.1 Danmark

I Danmark har oppdragsgiver hatt diskresjonærkompetanse til å innlede forhandlinger med tilbydere også ved åpen- og begrenset anbudskonkurranse siden 2005. Før den danske «tilbudsloven» da ble vedtatt gjaldt det vanlige forhandlingsforbudet under EØS-tersklene etter «licitationsloven» av 1966.<sup>70</sup> Forhandlingsadgangen er regulert gjennom «tilbudsloven» som gjelder for offentlige anskaffelser av både bygg og anlegg (del I) og varer og tjenester (del II). Reglene gjelder for anskaffelser over de nasjonale tersklene, men under EØS-tersklene, på tilsvarende måte som FOA del II.<sup>71</sup> For varer og tjenester oppstiller ikke tilbudsloven noen særlige regler, foruten kunngjøringsplikt etter § 15c og anskaffelsesrettslige prinsipper om blant annet likebehandling etter § 15 d. Dermed står oppdragsgiver fritt til å planlegge og gjennomføre konkurranse etter den form han måtte ønske, så lenge leverandørene behandles likt.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, s. 128-9

<sup>70</sup> Licitationsloven § 4 stk. 2

<sup>71</sup> Tilbudsloven §§ 1 og 15a

<sup>72</sup> Konkurrence- og Forbrugsstyrelsen (2013a), s. 13



For bygg- og anleggsanskaffelser oppstiller tilbudsloven en forhandlingsadgang i tilbudsloven §§ 10 og 11. Bestemmelsene gir oppdragsgiver rett til å ta stilling til om han vil gjennomføre forhandlinger etter at tilbudsfristen har utløpt og tilbudene er gjennomgått. Der tildelingskriteriet eller det eneste forholdet det skal forhandles om er lavest mulig pris, kan oppdragsgiver kun forhandle med den som har levert det laveste tilbudet.<sup>73</sup> Ellers kan oppdragsgiver velge å forhandle med inntil tre leverandører, og må da velge de tilbudene som har kommet best ut under tilbudsevalueringen sett i forhold til tildelingskriteriene.<sup>74</sup> Videre vil alle leverandører det ikke forhandles med ikke lenger være bundet av sitt tilbud,<sup>75</sup> i motsetning til det norske kravet om at samtlige deltakende leverandører normalt er bundet av sine tilbud i 30 dager (vedståelsesfristen).<sup>76</sup>

Oppdragsgiver kan gjøre avklaringer av innsendte tilbud for å avgjøre hvem det skal forhandles med, men valget av forhandlingsparter må skje ut fra hvilken rangering tilbudene hadde ved innlevering sett i forhold til tildelingskriteriene.<sup>77</sup> Dette viser at bestemmelsen ivaretar likebehandlingsprinsippet ved å sikre at det kun forhandles om de beste tilbudene, samtidig som den gir oppdragsgiver adgang til å sørge for at tilbudene lar seg sammenligne ved å foreta nødvendige avklaringer. Likebehandlingsprinsippet ivaretas også i § 11 stk. 4 der det fremgår at forhandlingene ikke kan medføre at oppdragets karakter endres så mye at et tilbud fra en leverandør som det ikke forhandles med, ellers ville blitt invitert fremfor andre.

Den «danske modellen» illustrerer at alternativene til å ha gjennomregulerte prosedyreregler ikke er regelløshet. De alminnelige anskaffelsesrettslige prinsippene i tilbudsloven § 2 om konkurranse og likebehandling, som i norsk rett tilsvarer LOA § 5 og FOA § 3-1, er positivrettslige prinsipper som kan påberopes av leverandører. En interessant problemstilling i den forbindelse er hvorvidt regulering med prinsipper i istedenfor klare prosedyreregler virker inn på transaksjonskostnadene, noe som diskuteres i punkt 4.3.7 nedenfor.

---

<sup>73</sup> Konkurrencestyrelsen (2005), s. 70

<sup>74</sup> *Ibid.*, s. 70. Tilbudslovens § 11 stk. 1.

<sup>75</sup> Tilbudsloven § 3 stk. 3

<sup>76</sup> FOA § 10-2

<sup>77</sup> Konkurrencestyrelsen (2005), s. 70

Av forarbeidene fremgår det at innføringen av tilbudslovens forhandlingsadgang ble ansett både som en regelforenkling og som et ressursbesparende tiltak både for oppdragsgiver og leverandør.<sup>78</sup> Fra konkurransemyndighetene i Danmark har jeg fått opplyst at det foreløpig ikke er gjort noen studier av hvilke virkninger innføringen av loven har hatt. I følge leder av *Klagenævnet for udbud*, som tilsvare KOFA i Danmark, er imidlertid klagesakene som behandles etter tilbudsloven mindre komplekse, og så langt i 2013 så utgjør disse 15 prosent av klagesakene for nemda.<sup>79</sup>

### 3.2.2 Frankrike

Basert på fremstillingen i en studie publisert i september 2013, gjøres det her kort rede for den franske modellen for anbudskonkurranse med forhandlingsadgang, sammenlignet med de norske konkurranseformene i FOA del II.<sup>80</sup>

Ved inngåelse av bygg- og anleggskontrakter under EØS-tersklene må franske oppdragsgivere følge *The French Public Procurement Code*. Her har oppdragsgiver siden 2004 kunnet velge mellom tre ulike konkurranseformer. To av konkurranseformene tilsvare de to norske formene i FOA del II åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger som gjennomføres ved at oppdragsgiver foretar en utvelgelse av leverandører før disse gis mulighet til å levere tilbud (prekvalifisering). Den siste er en såkalt *ikke-formalisert prosedyre* som ligger tett opptil den åpne anbudskonkurransen. Forskjellen er for det første at oppdragsgiver kan innlede forhandlinger med leverandører etter første tilbudsevaluering dersom dette er annonsert i kunngjøringen. For det andre står oppdragsgiver fritt til å fastsette frister og andre vilkår for konkurranse gjennomføringen. Generelt sett bærer de særfranske reglene under EØS-tersklene preg av å være mindre formalistiske og gi oppdragsgiver større frihet enn etter anskaffelsesdirektivet. Noe upresist kan man si at denne franske uformaliserte konkurranseformen langt på vei er lik den danske modellen beskrevet i punkt 3.2.1 ovenfor.

---

<sup>78</sup> Betænkning nr. 42 (2004-2005), pkt. 4 og 5

<sup>79</sup> FAD (2013b), s. 2

<sup>80</sup> Basert på fremstillingen av de franske reglene i Chever (2013), s. 6-9

### 3.3 Endret rettstilstand ved forhandlingsadgang

Det er særlig tre sider ved dagens rettstilstand som vil endres dersom man gjennomfører en regelendring med overgang til forhandlingsadgang ved åpne anbudskonkurranser (heretter også benevnt som *regelendringen*). Først vil det bli muligheter for å gjennomføre forhandlinger om alle sider av tilbudet, på samme måte som ved dagens konkurranse med forhandlinger. Fordi det er oppdragsgiver som gis retten til å bestemme dette etter at tilbudsfristen har utløpt, vil denne adgangen føre til mindre forutberegnelighet for leverandører. For det andre vil oppdragsgivers svært begrensede adgang til å gjøre avklaringer fjernes slik at avklaringer i større grad kan foretas ved behov. For det tredje vil adgangen til å gjøre avklaringer gjøre at oppdragsgivers sjeldnere vil måtte vurdere om tilbudet må avvises på grunn av forhold ved tilbudet etter FOA § 11-11 første ledd. De grunnleggende krav til likebehandling vil i stedet utgjøre rettsregelen som skal sikre rettsikkerhet for leverandører, som forhandlingsforbudet i dag ivaretar.

Figur 1 nedenfor illustrerer anskaffelsesfasene fra tilbudsfristens utløp til tildelingsbeslutning tas, for henholdsvis dagens åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger og den nye konkurranseformen med forhandlingsadgang. Den viser at oppdragsgiver etter utløp av tilbudsfristen, har anledning til å velge mellom to «spor»; enten å gjøre mindre avklaringer av tilbudene eller å innlede fulle forhandlinger med en eller flere leverandører.

FIGUR 1 – OVERSIKT OVER ULIKE FASER I DE EKSISTERENDE VERSUS DEN ENDREDE KONKURRANSEFORMEN

Eksisterende konkurranseformer	Åpen anbudskonkurranse med forhandlingsforbud		Tilbudsåpning	Kvalifikasjonsvurdering	Gjøre avklaringer	Vurdere avvisning	Tilbuds-evaluering				Tildelingsbeslutning
	Konkurranse med forhandlinger (uten prekvalifisering)		Tilbudsåpning	Kvalifikasjonsvurdering			Tilbuds-evaluering	Innlede og gjennomføre forhandlinger		Ny tilbudsevaluering	Tildelingsbeslutning
Endret konkurranseform	Åpen anbudskonkurranse med	Mindre avklaringer	Tilbudsåpning	Kvalifikasjonsvurdering	Gjøre avklaringer	Vurdere avvisning	Tilbuds-evaluering				Tildelingsbeslutning
	forhandlingsadgang	Fulle forhandlinger	Tilbudsåpning	Kvalifikasjonsvurdering	Gjøre avklaringer		Tilbuds-evaluering	Innlede og gjennomføre forhandlinger	Vurdere avvisning	Ny tilbudsevaluering	Tildelingsbeslutning

Ved analysen i denne oppgaven legges følgende forutsetninger til grunn for rettstilstanden med forhandlingsadgang etter regelendringen (i stor grad basert på den danske modellen, se punkt 3.2 ovenfor):

- Forhandlingsforbudet i FOA § 12-1 oppheves, herunder hovedregelen om forhandlingsforbud i første ledd og unntakene om henholdsvis avklaringsadgang etter andre ledd og oppdragsgivers retteplikt etter tredje ledd.
- Oppdragsgiver gis adgang til å forhandle, uavhengig av om tildelingskriteriene etter FOA § 13-2 er tilbudet med «den laveste prisen» eller «det mest økonomisk fordelaktige».
- Når kriteriet for tildeling er tilbudet med den laveste prisen, kan oppdragsgiver kun forhandle med tilbydere som er lavest bydende.<sup>81</sup>
- Når kriteriet for tildeling er det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan oppdragsgiver kun forhandle med minst én og maksimalt tre leverandører, og de må ha levert tilbudene som fremstår som mest økonomisk fordelaktig ut fra de vektete eller prioriterte underkriteriene.<sup>82</sup>
- Når oppdragsgiver velger å forhandle, skal oppdragsgiver senest i forkant av de første forhandlingene informere samtlige leverandører om hvem det vil innledes forhandlinger med, samt hvordan forhandlingene vil gjennomføres.<sup>83</sup>
- Når oppdragsgiver har innledet forhandlinger med andre leverandører, er ikke de øvrige leverandørene lenger bundet av sine innleverte tilbud.<sup>84</sup>
- Definisjonene i FOA §§ 4-2 bokstav a, b og d endres slik at de tilsvarer den nye konkurranseformen.
- Utover endringene ovenfor gjelder de øvrige bestemmelsene i det særnorske anskaffelsesregelverket, herunder grunnprinsippene i LOA § 5.

Når oppdragsgiver og leverandør tillates å kommunisere mer, vil det påvirke oppdragsgivers praktisering av avvisningsplikten i FOA § 11-11 første ledd. Som det fremgår av *figur 1* ovenfor vil oppdragsgiver først måtte vurdere hvorvidt tilbudet skal avvises etter

---

<sup>81</sup> Sml. tilbudsloven § 10

<sup>82</sup> Sml. tilbudsloven § 11, stk. 1

<sup>83</sup> Sml. tilbudsloven § 11, stk. 2

<sup>84</sup> Sml. tilbudsloven § 3, stk. 3

at innholdet i tilbudene er enten avklart eller ferdig forhandlet. Trolig vil de aller fleste forholdene som etter bestemmelsen skal avvises, bli brakt i orden ved avklaringer og forhandlinger slik at de ikke lenger vanskeliggjør sammenligning av tilbudene. Denne virkningen vil i det videre omtales som en *forskyvning av avvsningsvurderingen*. For forholdene i FOA § 11-11 første ledd bokstav a og b vedrørende henholdsvis rettidig innlevering og krav for utforming, som er det likevel naturlig å vurdere ved tilbudsåpningen.

Et aktuelt spørsmål er hva som vil utgjøre forskjellen mellom åpen anbudskonkurranse med forhandlingsadgang etter en slik regelendring og konkurranse med forhandling etter dagens regler. Den største endringen er at regelendringen vil gjøre at oppdragsgiver blir gitt en rettighet, men ikke en plikt, til å forhandle med tilbydere ved åpne anbudskonkurranser. Ved konkurranse med forhandlinger tilsier forutberegnelighetsprinsippet at oppdragsgiver blir bundet av sine angivelser om hvordan forhandlingene blir gjennomført i kunngjøring og konkurransegrunnlaget.<sup>85</sup> Når oppdragsgiver har valgt konkurranse med forhandling har tilbyderne nettopp lagt opp sine tilbud basert på denne forutsetningen, og KOFA har gjennom sin praksis stadfestet at forhandlingene derfor må være reelle.<sup>86</sup> Ved konkurranse med forhandlinger følger krav til oppdragsgivers dialog med leverandører regulert av LOA § 5, noe som gir oppdragsgiver større adgang til å gjøre avklaringer og kommunisere med leverandører. Man kan tenke seg at en oppdragsgiver derfor ville tatt forbehold ved kunngjøring til en konkurranse med forhandling om å ikke gjennomføre forhandlinger etter at innkomne tilbud var evaluert. Basert på KOFA sitt krav om reelle forhandlinger,<sup>87</sup> er det derimot knyttet stor usikkerhet til hvorvidt en oppdragsgiver rettslig sett har adgang til å ta slikt forbehold. En regelendring vil gjøre at oppdragsgiver står fritt til å kommunisere med leverandører og gjennomføre forhandlinger om alle sider ved tilbudet, så lenge det skjer i overensstemmelse med grunnprinsippene i LOA § 5. Dermed blir den hovedsakelige forskjellen mellom de to konkurranseformene at oppdragsgiver plikter å gjennomføre forhandlinger ved konkurranse med forhandlinger, i motsetning til en forhandlingsrett ved åpen anbudskonkurranse.

---

<sup>85</sup> FAD (2012a), pkt. 14.5.3

<sup>86</sup> Se bl.a. KOFA-sak 2009/165 og KOFA-sak 2011/1

<sup>87</sup> *Ibid.*

I praksis vil regelendringen dermed gi større fleksibilitet for oppdragsgiver ved at han får mindre risiko for å velge feil konkurransemåte, i større grad slipper usikkerhet rundt hvilke avklaringer som kan gjøres, at han kan foreta forhandlinger dersom de innkomne tilbudene tilsier at det vil være innkjøpsfaglig klokt og at han i større grad unngår å måtte å avvise leverandører som har inngitt gode tilbud. I tillegg vil regelendringen medføre endringer i transaksjonskostnader og konkurranseeffekter, og det er dette som blir analysert i neste kapittel.

## 4 Analyse av regelendringens betydning for kostnadseffektivitet

I analysedelen vil jeg ta for meg de forventede konsekvensene av å gjennomføre en regelendring der forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser i FOA § 12-1 fjernes (*regelendringen*), og vurdere om den vil medføre mer kostnadseffektive anskaffelser. Hva begrepet kostnadseffektivitet innebærer vil derfor diskuteres først. Deretter vil jeg gjøre en vurdering av hvilket omfang det kan forventes at oppdragsgiver vil velge å benytte sin adgang til å gjøre avklaringer og innlede forhandlinger, basert på hvordan oppdragsgivere og leverandører som rasjonelle aktører vil tilpasse seg de endrede reglene. Forventet omfang er en viktig faktor for hvor store kostnads- og konkurranseeffektene vil være av regelendringen. Deretter vil jeg kartlegge endringer i aktørenes transaksjonskostnader, basert på forutsetningene om rettstilstanden etter regelendring og forventet omfang. Videre vil jeg diskutere de viktigste konkurranseeffektene det kan forventes at regelendringen medfører, før analyseresultatene diskuteres i lys av effektivitetsbegrepet.

### 4.1 Kostnadseffektivitet

Kostnadseffektivitet ved offentlige anskaffelser kan ses på som henholdsvis kostnadseffektivitet for oppdragsgiver alene (*snever forstand*) eller for samfunnet som helhet (*vid forstand*). Kostnadseffektivitet for det offentlige vil si at anskaffelsen tar sikte på å sikre at målsetningen for den enkelte virksomhet kan nås med lavest mulig kostnad for anskaffelsesorganet.<sup>88</sup> Ved samfunnsøkonomisk kostnadseffektivitet tar man derimot sikte på å gjøre denne anskaffelsen med lavest mulig kostnad for samfunnet. Derfor må også kostnadene som påføres leverandørene under anskaffelser medregnes. Jo lavere de tota-

---

<sup>88</sup> Eide (2008), s. 428

le kostnadene ved anskaffelsen er, desto mer av samfunnets ressurser kan brukes til produksjon fremfor nødvendige transaksjoner.<sup>89</sup> Dersom endringen medfører gevinster eller kostnader som følge av endret konkurranse må disse også hensyntas. Man må derfor gjøre en netto vurdering av de virkninger endringen har på transaksjonskostnadene og konkurranseeffektene.<sup>90</sup>

Som nevnt innledningsvis fokuseres det på kostnadseffektivitet i samfunnsøkonomisk forstand, men kostnadseffektivitet i snever forstand kan være nyttig for å forklare hvilke handlinger som er rasjonelle for oppdragsgiver. Fordi regelendringen medfører større frihet og fleksibilitet for oppdragsgiver til å innlede forhandlinger og gjøre avklaringer, vil det først diskuteres i hvilket omfang man kan regne med at oppdragsgiver vil benytte denne adgangen. Deretter gjøres det en partiell analyse av transaksjonskostnadene som antas endret for oppdragsgivere og leverandører i forbindelse med regelendringen. Relevante kostnadselementer hentes fra tidligere utredninger og analyser samt økonomisk teori. Videre vil det gjøres en vurdering av de konkurranseeffekter som regelendringen antas å medføre. På bakgrunn av kartlagte transaksjonskostnader og konkurranseeffekt vil man kunne konkludere hvorvidt regelendringen vil medføre økt kostnadseffektivitet i vid forstand.

## 4.2 Antatt omfang av forhandlingsadgangen

Regelendringen vil medføre at oppdragsgiver gis en forhandlingsadgang. Likevel har oppdragsgiver fortsatt anledning til å gjennomføre konkurranse på samme måte som i dag. Hvilken betydning de forventede endringene i transaksjonskostnader og konkurranseeffekter faktisk får, avhenger derfor av i hvilket omfang oppdragsgiver benytter seg av adgangene som regelendringen medfører. For å vurdere dette omfanget må det vurderes i hvilke tilfeller de vil benytte forhandlingsadgangen og hvor ofte det er tilfellet. Som illustrert i *figur 1* på side 19 ovenfor, vil oppdragsgiver ha valget mellom enten å gjøre mindre avklaringer etter behov eller å innlede og gjennomføre fulle forhandlinger. Disse to scenarioene diskuteres derfor separat nedenfor. Diskusjonen tar utgangspunkt i at oppdragsgiver og leverandør handler som rasjonelle aktører.

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, s. 133

<sup>90</sup> Chever (2013), s. 22

#### 4.2.1 Mindre avklaringer

Oppdragsgiver vil søke å gjøre avklaringer for å eliminere usikkerhetsmomenter og risiko knyttet til feilaktig innhold i kontrakten som skal inngås. Samtidig vil oppdragsgiver unnlate å avklare hvis kostnadene er større enn det risikoen for å ha forholdet uavklart utgjør. Avklaringer kan ofte gjøres med beskjedne ressurser, og det antas at omfanget av avklaringer vil øke betydelig som følge av regelendringen.

Det kan være en risiko for at leverandører vil velge å være uklare, tvetydige etc. ved utformingen av tilbud for å utløse avklaringer eller forhandlinger fra oppdragsgivers side. Likevel vil leverandøren risikere at oppdragsgiver avviser tilbudet dersom det leveres ufullstendig. Dette er fordi oppdragsgiver selv velger hvorvidt forhandlingsadgangen skal benyttes og hvilken terskel som skal gjelde for å benytte avvisningsrett i den enkelte anskaffelsen. Dermed blir det mindre rom for slike spekulasjoner blant leverandører.

#### 4.2.2 Fulle forhandlinger

Å innlede såkalte fulle forhandlinger vil i motsetning til å foreta mindre avklaringer utgjøre et større valg for oppdragsgiver, fordi forhandlinger i denne forstand omfatter blant annet forhandlingsmøter med aktuelle tilbydere, innhenting av reviderte tilbud og reevaluering av disse. En rasjonell oppdragsgiver vil forsøke å oppnå best mulig kvalitet for lavest mulig pris, altså det tilbudet som han anser som *mest økonomisk fordelaktig*. Dette er ikke et presist begrep, fordi det kan inneholde ulike kombinasjoner av mange elementer: I tillegg til pris kan oppdragsgiver oppstille ytelselementer som eksempelvis «kvalitet, teknisk verdi, estetiske egenskaper, kundeservice, teknisk bistand og tid for levering», som kriterier de vil legge til grunn ved valg av tilbudet.<sup>91</sup> Slike elementer vil heretter samlet bli omtalt som *totalytelse* for å tydeliggjøre skillet mellom disse elementene og *pris*. Det tilbudet som gir best mulig totalytelse til lavest mulig pris vil anses som det mest økonomisk fordelaktige tilbudet. Videre vil rasjonelle aktører bare inngå avtaler som er til egen fordel,<sup>92</sup> og økonomiske og forretningsmessige begrunnelser gir som regel oppdragsgiver rett til avlyse konkurransen fremfor å inngå kontrakt.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> FOA § 13-2 andre ledd

<sup>92</sup> Eide (2008), s. 289

<sup>93</sup> FOA § 13-1 og Bakken (2013), s. 188



Det maksimale beløpet som oppdragsgiver er villig til å betale for en gitt enhet totalytelse når han selv kjenner og tar hensyn til sine egne transaksjonskostnader, utgjør oppdragsgivers betalingsvillighet.<sup>94</sup> Tilbudet må derfor minst oppnå betalingsvilligheten for at oppdragsgiver skal være villig å inngå kontrakt.

En egen illustrasjon av betalingsvillighetens forhold til pris og totalytelse er gjort i *figur 2* nedenfor. Den horisontale aksene representerer mengden totalytelse, forutsatt at disse elementene kan uttrykkes som en indeks med enheter. Denne forenklingen gjøres for å kunne illustrere betydningen av forhandlinger. Det samme resonnementet vil gjelde om alle komponenter i totalytelsen er bestemt, bortsett fra en enkelt komponent som oppdragsgiver ønsker å forhandle om (for eksempel et kvantum med generiske varer eller leveringstid). Den vertikale aksene representerer pris. Linjen *BV* representerer oppdragsgivers betalingsvillighet, og er her forenklet som en rett linje. Det antas at oppdragsgiver kjenner sin egen betalingsvillighet. Ofte vil oppdragsgiver kjenne betalingsvilligheten sin før tilbudene mottas, men i praksis vil han ofte justere denne når han har fått informasjon om innholdet i de innleverte tilbudene – noe som derfor legges til grunn her. *BV* viser at for hver enhet med økt totalytelse vil også betalingsvilligheten målt i pris øke. Dette er naturlig fordi oppdragsgiver vil være villig til å gi en høyere pris for en kontraktsgjenstand med bedre totalytelse. Det forutsettes at målsetningen ved å innlede forhandlinger er at oppdragsgiver ønsker å oppnå økt totalytelse til samme pris, samme totalytelse til redusert pris eller en forbedret kombinasjon av pris og totalytelse. La oss anta at det mest fordelaktige tilbudet av alle tilbud som er innkommet utgjør punktet *a*. I det første tilfellet er tildelingskriteriet lavest mulig pris. For tilbud *a* er pris lik  $P_1$  og totalytelse er lik  $Y_1$ . Betalingsvilligheten til oppdragsgiver for  $Y_1$  er imidlertid ikke  $P_1$ , men den pris som linjen *BV* angir ved  $Y_1$ , altså  $P_2$ . I det andre tilfellet er tildelingskriteriet det mest økonomisk fordelaktige, det vil si en sammenstilling der ulike elementer samlet utgjør en gitt enhet totalytelse. Tilbud *a* utgjør fremdeles en pris lik  $P_1$  og en totalytelse lik  $Y_1$ . Betalingsvilligheten til oppdragsgiver for  $P_1$  er imidlertid ikke  $Y_1$ , men den totalytelse som linjen *BV* angir ved  $P_1$ , altså  $Y_2$ . Dersom tildelingskriteriet er en kombinasjon av pris og totalytelse, hvilket ofte er tilfellet, utgjør betalingsvilligheten en av kombinasjonene som kan utledes fra intervallet *F*. Uansett tildelingskriterium

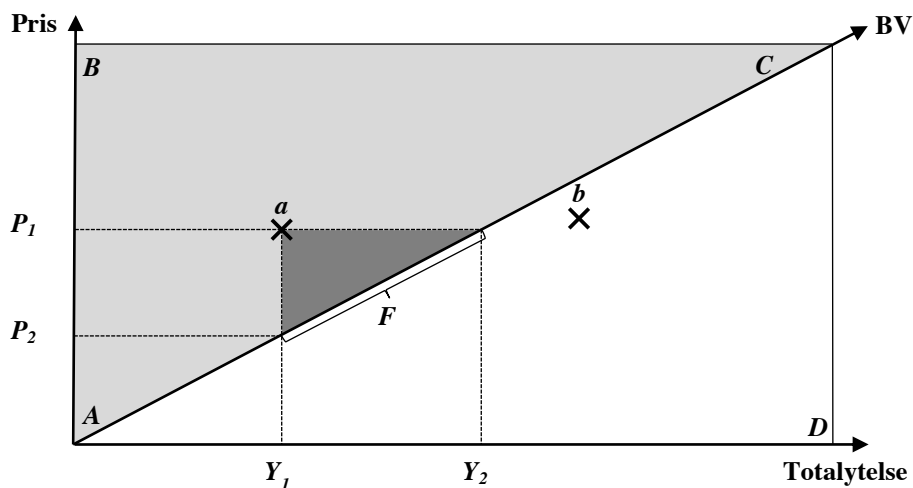
---

<sup>94</sup> Eide (2008), s. 64

er ikke tilbud  $a$  akseptabelt, og oppdragsgiver vil ikke ønske å inngå kontrakt. Dermed vil det være nødvendig for oppdragsgiver å innlede forhandlinger når det beste av de innleverte tilbudene befinner seg innenfor området  $ABC$ , med mål om å oppnå et revidert tilbud som er enten når  $BV$  i intervallet  $F$  eller inn i området  $ACD$ . Dette viser altså når oppdragsgiver vil velge å inngå forhandlinger. Dersom oppdragsgiver derimot ikke har anledning til å forhandle, som ved forhandlingsforbudet i FOA § 12-1, vil han enten måtte avlyse konkurransen og gjennomføre den på ny eller inngå en mindre fordelaktig kontrakt enn han ønsker.

Når oppdragsgiver mottar tilbud som er enten i samsvar med eller bedre enn  $BV$ , altså i området  $ACD$ , vil ikke oppdragsgiver måtte gjennomføre forhandlinger for å være villig til å inngå kontrakt. Anta nå at det er punkt  $b$ , og ikke punkt  $a$ , som utgjør det beste av de innkomne tilbudene. Det vil da ikke være nødvendig for oppdragsgiver å innlede forhandlinger. Oppdragsgiver vil her fremdeles kunne ha ønske om å forbedre tilbudene, men da uten at det er nødvendig for hans villighet til å inngå kontrakt.

FIGUR 2 – NÅR OPPDRAGSGIVER VIL VELGE Å INNLEDE FORHANDLINGER

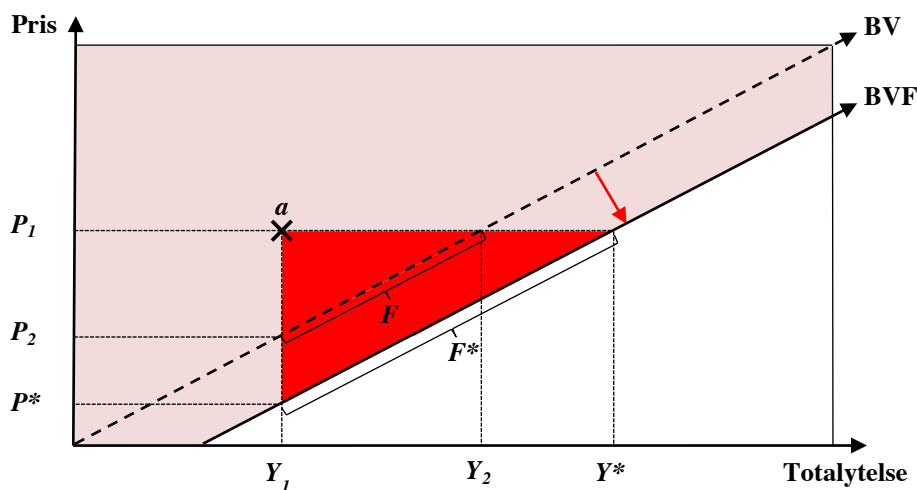


Videre diskuteres det hvordan merkostnadene som oppdragsgiver påføres når forhandlinger innledes kan påvirke hans valg. Virkningen av transaksjonskostnadene som påføres oppdragsgiver når han velger å innlede forhandlinger, er illustrert i *figur 3* nedenfor. Det antas at oppdragsgiver ved forhandlinger påføres egne transaksjonskostnader lik differansen mellom  $P^*$  og  $P_2$ , og at han kjenner disse kostnadene når han velger om forhandlinger skal innledes. Fordi transaksjonskostnadene må dekkes vil det gjøre at

oppdragsgivers betalingsvillighet reduseres tilsvarende kostnadene. Dette medfører et negativt skift i  $BV$ , og den nye linjen  $BVF$  illustrerer betalingsvilligheten ved forhandlinger der transaksjonskostnadene er hensyntatt. Sammenholdt med *figur 2*

Figur 2 ovenfor medfører det at oppdragsgiver vil måtte oppnå en forbedring av tilbud  $a$  i det nye intervallet  $F^*$  (Merk at tilbud  $b$  i *figur 2* ligger innenfor området der oppdragsgivers betalingsvillighet er oppnådd, slik at forhandlinger ikke vil bli inngått). En ren priskonkurranse vil eksempelvis tilsi at fremforhandlet pris må bli lik  $P^*$  når forhandlinger hensyntas. Anta videre at det beste tilbudet har en tilbudt pris på 1 000 kroner ( $P_1$ ) for ytelse lik  $Y_1$ , at  $BV$  da er 950 kroner ( $P_2$ ) og at transaksjonskostnadene ved å forhandle er 100 kroner. Utgangspunktet er da først at oppdragsgiver vil velge å forhandle for å oppnå sin betalingsvillighet. Da reduseres betalingsvilligheten med 100 kroner til 850 kroner ( $P^*$ ), slik at oppdragsgiver nå må forbedre tilbudet med 150 kroner før han er villig til å inngå kontrakt. Dette illustrerer en situasjon der forhandlingsresultatet (forbedret pris og totalytelse) for oppdragsgiver må tredobles for at betalingsvilligheten skal nås. Oppdragsgiver må da vurdere hvorvidt resultatet kan oppnås gjennom forhandlingene eller om han vil avlyse konkurransen. Det nevnes i denne forbindelse at det vil være irrasjonelt av ham å inngå en «uforhandlet kontrakt» som er mindre fordelaktig når betalingsvilligheten ikke oppnås. Når oppdragsgiver antar at pris- og ytelseseffekt overstiger transaksjonskostnadene vil han antakelig velge å forhandle.

FIGUR 3 – OPPDRAGSGIVERS REDUSERTE BETALINGSVILLIGHET NÅR TRANSAKSJONSKOSTNADENE VED FORHANDLINGER HENSYNTAS, SKIFTANALYSE



I tillegg til å vise hvilke situasjoner det er rasjonelt for oppdragsgiver å innlede forhandlinger i, viser analysen ovenfor at regelendringen gir ham mulighet til å oppnå sin betalingsvillighet ved forhandlinger fremfor å avlyse konkurransen. Et annet interessant spørsmål er i hvilket omfang, og ikke bare i hvilke situasjoner, det kan forventes at oppdragsgiver vil benytte forhandlingsadgangen. Som presentert i punkt 3.2.2 ovenfor, kan oppdragsgivere under den franske *non-formalized procedure* innlede forhandlinger ved en åpen anbudskonkurranse. I en nylig publisert fransk studie er det gjort en økonometrisk analyse av hvilke fordeler forhandlinger har for effektive anskaffelser.<sup>95</sup> I denne studien er det samlet inn data som gir indikasjoner på i hvor stor grad oppdragsgiver benytter sin anledning til å forhandle etter at denne valgfriheten ble tilgjengelig gjennom de franske anskaffelsesreglene i 2004.<sup>96</sup> Undersøkelsen viser en klar tendens til at oppdragsgiver ofte velger å innlede forhandlinger under denne konkurranseformen: Av totalt 132 anskaffelser i perioden 2004-2009 som ble gjort under *non-formalized procedure*, valgte oppdragsgiver å innlede og gjennomføre fulle forhandlinger i 82 av tilfellene, noe som tilsvarer 62 prosent av konkurransene.<sup>97</sup> Dette indikerer klart at når oppdragsgiver gis valgfrihet til å forhandle så vil han velge å gjøre det relativt ofte. Videre viser undersøkelsen at antallet konkurranser der oppdragsgiveren valgte å gjennomføre forhandlinger, enten under denne prosedyren eller ordinær konkurranse med forhandling, økte fra 41 prosent i 2004 til 76 prosent i 2008.<sup>98</sup> Dette viser en tendens på at oppdragsgiveren i større grad har valgt forhandlinger også etter å ha fått erfaringer med konkurranseformen. Undersøkelsen baserer seg på data fra 427 kontrakter om bygg- og anleggsoppdrag i perioden 2004-2009 fra Europas største offentlig etat for velferdsbygg i Paris.<sup>99</sup> Dermed er disse tallene ikke nødvendigvis representative for alle oppdragsgivere eller oppdragstyper. Særlig må det tas hensyn til at oppdragsgiveren i undersøkelsen er en større etat med tilhørende stor innkjøpsorganisasjon, mens de menneskelige ressursene i desentraliserte innkjøpsfunksjoner, særlig i kommunal sektor og andre små etater, er mer begrenset hva gjelder både antall og anskaffelseskompetanse.<sup>100</sup> Likevel ligner denne konkurranseformen langt på vei på den danske modellen og

---

<sup>95</sup> Chever (2013), s. 2

<sup>96</sup> *Ibid.*, s. 3

<sup>97</sup> *Ibid.*, s. 11, tabell 4

<sup>98</sup> *Ibid.*, s. 10, tabell 3

<sup>99</sup> *Ibid.*, s. 8

<sup>100</sup> St.meld. nr. 36 (2008-2009), s. 40

dermed også den aktuelle regelendringen som diskuteres her, se punkt 3.2.2 ovenfor. Dermed må undersøkelsen derfor sies å ha en relevans også for norske forhold. Dette underbygger at oppdragsgiver ofte ser potensialet for å oppnå en bedre kombinasjon av totalytelse og pris, selv når de tar hensyn til transaksjonskostnadene ved å forhandle. Også Holm argumenterer for at oppdragsgiver i stor grad burde velge forhandlinger når konkurranseformen tillater det og det samtidig foreligger «*stärka drivkrafter att få en vara eller tjänst av bästa kvalitet*», fordi hans analyse viser at eventuelle forhandlinger krever lite ekstra tidsbruk.<sup>101</sup> For en mer utførlig analyse av transaksjonskostnadene forbundet med forhandlinger, se punkt 4.3.3 nedenfor.

#### 4.2.3 Oppsummering og resultat

Basert på diskusjonen ovenfor vil oppdragsgiver trolig velge å innlede forhandlinger om tilbudene når de ikke når betalingsvilligheten korrigert for forventede transaksjonskostnader. Empiri fra studiet av en lignende modell i Frankrike indikerer at oppdragsgiver over en seksårsperiode valgte å benytte adgangen til å innlede fulle forhandlinger i rundt 60 prosent av konkurransene etter å ha åpnet tilbudene.<sup>102</sup> Studien viser også antallet forhandlinger øker når kompetansen heves. Dermed vil omfanget i Norge ikke være like stort rett etter regelendring, men trolig øke i takt med kompetanse og erfaring, særlig blant mindre oppdragsgivere.

Dette resulterer i en antagelse om at oppdragsgiver vil velge å innlede forhandlinger i en ikke-ubetydelig andel av de åpne anbudskonkurransene om forhandlingsadgang innføres. Videre viser diskusjonen at i de tilfeller der oppdragsgiver ikke innleder fulle forhandlinger, så vil likevel mindre avklaringer gjøres betydelig oftere enn før regelendringen. Regelendringen vil altså medføre en betydelig økning i oppdragsgiveres dialog med leverandørene.

---

<sup>101</sup> Holm (2011), s. 410

<sup>102</sup> Se note 97

### 4.3 Transaksjonskostnader ved regelendringen

#### 4.3.1 Transaksjonskostnader ved anskaffelser

Transaksjonskostnader kan defineres som «alle kostnader forbundet med frivillige bytter av rettigheter», og inndeles ofte i søkekostnader, forhandlingskostnader og kontrollkostnader.<sup>103</sup> Ved anskaffelser vil de ulike kostnadselementene for oppdragsgiver og leverandører innebære ulike kostnader enten for tidsbruk eller for mer konkrete utgifter (eksempelvis reiseutgifter). De ulike kostnadselementene påvirkes av en rekke faktorer.<sup>104</sup> Faktorene som er av betydning for om transaksjonskostnadene blir lavere eller høyere, er ofte knyttet til omfanget og kompleksitet av kontrakten som inngås, antallet aktører samt hvor mye informasjon aktørene må tilegne seg.<sup>105</sup>

I PWC (2011) er kostnadselementene for aktivitetene til både oppdragsgiver og leverandør på fire ulike stadier av anskaffelsesprosessen beregnet.<sup>106</sup> Disse fasene og kostnadselementene er henholdsvis illustrert i *figur 4* og oppstilt i *tabell 1* nedenfor.

**FIGUR 4 – DE FIRE FASENE AV ANSKAFFELSESPROSESSEN**



<sup>103</sup> Eide (2008), s. 129

<sup>104</sup> *Ibid.*, s. 130

<sup>105</sup> *Ibid.*, s. 130, tabell 6.1, og s. 131

<sup>106</sup> PWC (2011), s. 76

TABELL 1 – IDENTIFISERTE TRANSAKSJONSKOSTNADER VED DE ULIKE FASENE AV ANSKAFFELSEN

Fase	Oppdragsgiver	Leverandør
<b>I</b> <b>Frem til inngivelse av tilbud</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Identifisere behov</li> <li>- Velge anskaffelsesprosess og teknikker</li> <li>- Utvikle tilbudsinnbydelse</li> <li>- Ferdigstille anskaffelsesstrategi</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Overvåke og identifisere oppdragsmuligheter</li> <li>- Vurdere egen konkurransesituasjon</li> <li>- Samarbeid med og uttrykk for interesse ovenfor oppdragsgiver</li> <li>- Dokumentere at prekvalifiserende krav er oppfylt</li> </ul>
<b>II</b> <b>Frem til tildelingsbeslutningen er tatt</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mottak av tilbud</li> <li>- Avsjekk av generelle informasjonskrav</li> <li>- Evaluere mottatte anbud</li> <li>- Forberede, gjennomføre og dokumentere forhandlinger</li> <li>- Re-evaluering av endrede tilbud</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Beregne pris og utvikle tilbud</li> <li>- Imøtekomme oppdragsgivers krav til oppsett</li> <li>- Innhente attester mv. for å oppfylle dokumentasjonskrav</li> <li>- Produsere, ferdigstille, levere og presentere tilbud</li> <li>- Forberede, gjennomføre og dokumentere forhandlinger</li> </ul>
<b>III</b> <b>Etter tildeling av kontrakt</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Orienterer tilbydere om tildelingen</li> <li>- Anmode om og behandle ytterligere opplysninger om leveransen</li> <li>- Inngå kontrakt med leverandør</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Forsyne oppdragsgiver med ytterligere opplysninger om leveransen</li> <li>- Inngå kontrakt med oppdragsgiver</li> <li>- Vurdere å klage på manglende tildeling, herunder ta rettslige skritt</li> </ul>
<b>IV</b> <b>Etterfølgende klagebehandling og tvister</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Håndtering av klage- og tvistesaker</li> </ul>	

I rapporten analyseres det hvor mye transaksjonskostnadene ovenfor utgjør for oppdragsgiver og leverandører når anskaffelser gjennomføres etter anskaffelsesdirektivene.<sup>107</sup> I undersøkelsen fastsettes kostnadene i tidsbruk for både oppdragsgiver og leverandør i enheten dagsverk. Undersøkelsen er basert på empiriske undersøkelser i perioden 2006-2010 for 540 000 anskaffelser i de 27 medlemsstatene og tre EØS-landene.<sup>108</sup> Dataene er basert på registreringer i den europeiske kunngjøringsbasen (TED), interv-

<sup>107</sup> *Ibid.*, s. 78 flg.

<sup>108</sup> *Ibid.*, s. 4

juer og diskusjoner i samtlige land, og omfatter 5 500 oppdragsgivere og 1 800 leverandører.<sup>109</sup> Selv om bare deler av tallmaterialet er landspesifikt for Norge og for anskaffelser under EØS-tersklene, er undersøkelsen likevel godt egnet til å illustrere tendenser innenfor transaksjonskostnadene. Asplan Viak har i sine rapporter fra henholdsvis 2005 og 2008 diskutert transaksjonskostnader.<sup>110</sup> Det nevnes i denne forbindelse at Asplan Viak (2005) gjør en analyse av situasjonen totalt uten og med anskaffelsesregler, og at Asplan Viak (2008) ser på konsekvensene av å høyne den nasjonale terskelverdien. I PWC (2011) gjøres det en kartlegging av praksis under reglene som var gjeldende i perioden 2006-10. Dermed er det ingen undersøkelser som tar for seg regelendringer på tilsvarende måte som er tilfellet i denne analysen. De norske undersøkelsene skiller heller ikke mellom konkurranseformer og baserer seg på et mindre datagrunnlag, og empiri fra PWC (2011) legges i utgangspunktet til grunn.

Basert på forutsetningene for endret rettstilstand i punkt 3.3 ovenfor, og basert på kostnadselementene som er oppstilt i *tabell 1* ovenfor, er det særlig seks faktorer hvor det forventes at regelendringen vil medføre endringer i aktørenes transaksjonskostnader. Regelendringen vil for det første medføre fri avklaringsadgang og forskyvning av avvisningsvurderingen, og for det andre vil den føre til en valgfri adgang til å innlede en eller flere fulle forhandlingsrunder. I tillegg til å påvirke kostnadene som er direkte knyttet til disse endringene i anskaffelsesprosedyrene, vil de også få konsekvenser for valget av konkurranseform, dialogen ved kontraktsinngåelsen og etterfølgende klager og tvisteløsning. Det siste kostnadselementet som diskuteres er hvorvidt regelendringen medfører en endret reguleringsmåte av rettstilstanden og om det vil påvirke aktørenes kostnader.

En oppstilling gjort av selskapet Inventura AS av de ulike arbeidsoppgavene som gjøres under anskaffelsesprosessen for henholdsvis åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger, viser at de fleste av oppgavene oppstilt i *tabell 1* ovenfor er lik for de to konkurranseformene.<sup>111</sup> Oppstillingen viser at det er oppgavene knyttet til avklaringer, avvisning, forhandlinger samt endring og reevaluering av tilbudene som er uli-

---

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> Asplan Viak (2005) og Asplan Viak (2008)

<sup>111</sup> Inventura (2011), s. 7 og 9



ke.<sup>112</sup> Det ses ikke bort fra at andre kostnadselementer også kan påvirkes av regelendringen, men basert på de nevnte oppstillingene isoleres og diskuteres de seks kostnadselementer i det videre, fordi disse anses som mest sentrale for analysen.

#### 4.3.2 Fri avklaringsadgang og forskyvning av avvisningsvurderingen

Regelendringen vil medføre at oppdragsgiver gis en fri adgang til å avklare innenfor rammen av grunnprinsippene i LOA § 5, samt at vurderingen av om tilbudet må avvises vil forskyves til senere i anskaffelsesprosessen.

Oppdragsgiver må gjennomgå innleverte tilbud med dokumentasjon etter tilbudsfristens utløp. Dersom tilbudet inneholder uklarheter, feil etc. har oppdragsgiver i dag plikt til å vurdere om det foreligger avvisningsplikt eller om han har en avklaringsadgang. Som det fremgår av punkt 3.1 ovenfor er dette en delvis krevende oppgave, først og fremst fordi det krever at oppdragsgiver foretar en konkret helhetsvurdering basert på en rekke juridiske momenter. Dersom oppdragsgiver i sin vurdering gjør en strengere vurdering av sin avvisningsplikt enn etter gjeldende rett medfører det at leverandørens tilbud avvises urettmessig. Leverandør kan også anse oppdragsgivers beslutning for å være urettmessig selv om det ikke er tilfellet. Det kan medføre at både leverandører som selv har blitt avvist og leverandører som mener at andre tilbydere burde blitt avvist velger å angripe beslutningen ved klage eller rettslige skritt. Dette analyseres i punkt 4.3.6 nedenfor. Tiden brukt på vurderingen medfører kostnader for oppdragsgiver. I tillegg kan tilbud som ville stått sterkt i konkurransen og vært aktuell for tildeling, bli ekskludert fra konkurransen fordi innholdet ikke er klarlagt. Oppdragsgivers sannsynlighet for å inngå en optimal kontrakt i slike tilfeller vil dermed reduseres. Under forhandlingsforbudet er avklaringsadgangen detaljregulert i FOA § 12-1 andre ledd, slik at i tillegg til å vurdere om tilbudet skal avvises må oppdragsgiver også vurdere om de har adgang til å gjøre avklaringer. Etter regelendringen vil oppdragsgiver i stedet gjøre flere avklaringer i tråd med diskusjonen i punkt 4.2.1 ovenfor, noe som isolert sett vil medføre økte kostnader knyttet til selve avklaringen med leverandørene.

---

<sup>112</sup> *Ibid.*

For oppdragsgiver vil regelendringen også medføre en forskyvning av avvisningsvurderingen, slik at det kun er tilbud som «*ikke er levert innen den fastsatte tidsfristen*» eller som «*ikke tilfredsstiller kravene til tilbudets utforming*» som må avvises før forhold avklares eller forhandles om.<sup>113</sup> Ved de øvrige forholdene i FOA § 11-11 første ledd vil denne vurderingen først gjøres etter avklaringer eller eventuelle forhandlinger og før den endelige tilbudsevalueringen. Det vil for det første gjøre avvisningsvurderingen mindre komplisert for oppdragsgiver, fordi forholdene som må avvises er absolutte og klart definerte. Oppdragsgiver får utvidet adgang til å avklare forholdene i tilbudet, uavhengig av hvor vesentlige de er. Dermed kan det argumenteres med at avvisnings- og avklaringsvurderingene går fra å ha en rettslig karakter til å få en mer anskaffelsesfaglig karakter. Vurderingen vil da overlappe med tilbudsevalueringen med det resultat at oppdragsgiver bruker mindre tid og ressurser slik at kostnadene reduseres. I tilfeller etter dagens regler der oppdragsgiver er pliktig til å avvise så mange tilbud at det kun gjenstår ett eller ingen tilbud til vurdering, vil konkurransen måtte avlyses til fordel for en ny konkurranse.<sup>114</sup> Uten avklaringsreglene i FOA § 12-1 andre ledd kan oppdragsgiver basere sine beslutninger på mer informasjon, og avklaringer kan også føre til større enighet mellom partene. Dette minsker igjen risikoen for diskusjon etter tildeling og kontraktsinngåelse, noe som analyseres i punkt 4.3.6 nedenfor. Samlet sett vil avklaringsadgangen gjøre at oppdragsgivers samlede ressursbruk vil bli betydelig redusert fordi den erstatter kostbare avvisningsvurderinger med betydelig mindre kostbare avklaringer.

Leverandøren har ved forhandlingsforbud i stor grad risikoen for at tilbudet oppfylles de krav til innhold og dokumentasjon som er påkrevet i konkurransegrunnlaget, ved at tilbudet som hovedregel skal evalueres slik det fremkommer ved tilbudsfristens utløp.<sup>115</sup> Etter regelendringen må leverandøren fremdeles sikre at tilbudet ikke avvises av oppdragsgiver, men på grunn av forskyvningen av oppdragsgivers avvisningsvurdering så minsker risikoen for at avvisning blir utfallet. Kombinert med større adgang til å gjøre avklaringer så kan dette medføre at enkelte leverandører legger mindre ressurser i å utforme tilbudet, med den konsekvens at en større andel av tilbudene blir mindre kvali-

---

<sup>113</sup> FOA § 11-11 første ledd bokstav a og b

<sup>114</sup> FOA § 13-1 og Bakken (2013), s. 189

<sup>115</sup> Bakken (2013), s. 148

tetssikrede enn i dag. Det er en viss risiko for at leverandører vil spekulere i muligheten for bevisst å være ufullstendige for å trigge avklaringer og/eller forhandlinger, se punkt 4.2.1 ovenfor. Trolig vil ikke dette medføre at kostnadene blir vesentlig endret, og dermed vil leverandørens kostnader knyttet til utforming av tilbudet være uforandret.

Regelendringen vil trolig føre til at oppdragsgiver i større grad enn ved et forhandlingsforbud ber leverandøren om å supplere tilbudet med avklarende opplysninger, som diskutert i punkt 4.2.1 ovenfor. Isolert sett vil dette medføre at leverandører bruker mer tid på avklaringer etter regelendringen. Denne tidsbruken kan likevel sies å erstatte den nødvendige dialogen som oppdragsgiver må ha med leverandøren som tildeles kontrakten i forbindelse med kontraktsinngåelsen, se punkt 4.3.4 nedenfor.

Samlet taler kostnadselementene i retning av at oppdragsgiver etter regelendringen totalt vil oppleve betydelig reduserte kostnader knyttet til avklaringer og avvisning av tilbud, mens leverandøren vil oppleve en beskjeden økning i kostnadene knyttet til å inngi supplerende opplysninger. Fri avklaringsadgang og forskyvning av avvisningsvurderingen vil også påvirke en rekke andre kostnadselementer som omtales nedenfor.

#### 4.3.3 Valgfri forhandlingsadgang

Kostnader knyttet til eventuelle forhandlinger er en egen kostnadspost som oppstår ved regelendringen. Dersom oppdragsgiver velger å innlede forhandlinger vil dette medføre merkostnader for aktørene. Som konkludert i punkt 4.2 ovenfor er det sannsynlig at oppdragsgiver velger å forhandle relativt ofte, slik at kostnadene knyttet til forhandling utgjør en vesentlig del av kostnadene som påløper i forbindelse med regelendringen.

I PWC (2011) analyseres transaksjonskostnadene for alle EU- og EØS-landene for de ulike konkurranseformene. *Tabell 2* nedenfor viser de relevante tall fra undersøkelsen.<sup>116</sup> Tallene viser at konkurranse med forhandlinger krever knappe 5 prosent mer av oppdragsgiver enn åpen anbudskonkurranse. Dette korresponderer godt med en kartlegging av transaksjonskostnader blant svenske oppdragsgivere, hvor det fremgår at kostnader til eventuelle forhandlinger utgjør i gjennomsnitt 2 prosent av total tidsbruk for-

---

<sup>116</sup> Basert på tall fra PWC (2011), s. 78, figur 2.1

bundet med anskaffelsen.<sup>117</sup> Basert på dette utgjør forhandlinger tilsynelatende en beskjeden del av oppdragsgivers tidsbruk. Likevel må det presiseres at konkurranseformen i disse tilfellene er nettopp konkurranse med forhandlinger, slik at det må legges til grunn at oppdragsgiver har hatt forhandlinger for øyet under planlegging av konkurransen og utarbeidelse dokumentasjon som konkurransegrunnlag og tildelingskriterier. Dermed må det vurderes hvorvidt det vil påløpe mer kostnader knyttet til forhandlingene enn hva undersøkelsene skulle tilsi. I en åpen anbudskonkurranse med forhandlinger vil de fleste av oppgavene som krever ressurser av oppdragsgiver allerede være utført når beslutningen om å invitere til forhandlinger tas. I fase II (se *tabell 1* ovenfor) vil de ekstra kostnadskomponentene bestå av forhandlingsforberedelser, gjennomføring av forhandlinger og endelig evaluering av reviderte tilbud. Sammenlignet med fase II i en åpen anbudskonkurranse er det kun gjennomføring av avklaringer som utgår når forhandlinger innledes. Kostnadsanalysen i PWC (2011) viser at oppdragsgiver i gjennomsnitt bruker 12 prosent mer tid (1,6 arbeidsdager) på fase II i konkurranse med forhandling enn ved åpen anbudskonkurranse.<sup>118</sup> Dette gir grunn til å anta at denne tiden i stor grad benyttes på de forannevnte oppgavene. Legges dette til grunn, vil en åpen anbudskonkurranse med forhandlinger dermed føre til en beskjeden økning i oppdragsgivers kostnader.

**TABELL 2 – MEDIANFREMSTILLING AV TRANSAKSJONSKOSTNADER FOR DE RELEVANTE KONKURRANSEFORMER**

Konkurranseform	Arbeidsdager for oppdragsgiver	Arbeidsdager per leverandør	Antall innleverte tilbud	Totalt antall arbeidsdager per konkurranse <sup>*1)</sup>
Konkurranse med forhandlinger	22	20	4,8	116
Åpen anbudskonkurranse	21	15	5,7	107
<i>Beregnet differanse</i>	<i>1 (4,6 %)</i>	<i>5 (25 %)</i>	<i>-0,9 (-19 %)</i>	<i>9 (7,8 %)</i>

<sup>\*1)</sup> oppdragsgiverdager + (leverandørdager x antall tilbud) = totale dager

For leverandørene viser *tabell 2* ovenfor at konkurranse med forhandlinger medfører 25 prosent flere arbeidsdager enn ved åpen anbudskonkurranse. Disse tallene er basert

<sup>117</sup> Holm (2011), s. 410 (Basert på gjennomsnittsberegning av prosentandeler under «Ev. förhandling» for de ulike kategoriene i tabell 7.)

<sup>118</sup> PWC (2011), s. 80 (Basert på tidsangivelser for «Authorities» i «Award»-fasen for «Open» og «Negotiated» i figur 2.3.)

på en median fremstilling av tidsbruken ved anskaffelsene som inngår i analysen.<sup>119</sup> Gjennomsnittsberegningene i samme rapport viser derimot at konkurranse med forhandlinger kun medfører 1 prosent mer tidsbruk (0,3 arbeidsdager) enn ved åpen anbudskonkurranse.<sup>120</sup> Disse fremstillingene viser tilsynelatende svært forskjellige tendenser, i motsetning til for oppdragsgiver der kostnadsforskjellen mellom konkurranseformene fremsto som beskjedne ved både median- og gjennomsnittsbetraktning. De fleste av svarene i datagrunnlaget samles imidlertid nær medianen, og denne fremstillingen er mer egnet for sammenligning av ressursbruken enn gjennomsnittsverdiene som er mer påvirket av svar med ekstreme kostnader i enkeltanskaffelser.<sup>121</sup> Derfor legges medianfremstillingen til grunn. En økning på 25 prosent er klart omfattende. Dersom leverandøren inviteres til forhandlinger vil han måtte forberede og gjennomføre forhandlingene, gjøre prisberegninger og utvikle tilbudet samt innlevere et revidert tilbud. Av PWC (2011) fremgår det at konkurranse med forhandlinger gjerne velges av oppdragsgiver ved mer komplekse anskaffelser og der det er flere variabler som må hensyntas.<sup>122</sup> Den forhandlede prosedyren som er analysert i rapporten gjennomføres etter anskaffelsesdirektivet og er utformet på samme måte som i FOA § 20-11 (altså over EØS-tersklene). Bestemmelsen er med unntak av noe enklere regler for å sile ut antallet leverandører underveis (såkalt *reduksjon*) lik som FOA § 11-8 (under EØS-tersklene). En annen viktig forskjell er de strenge vilkårene for bruk av konkurranse med forhandlinger over EØS-tersklene i FOA §§ 14-3 og 14-4. Typisk innebærer dette at anskaffelser inngått etter konkurranser med forhandlinger enten er uegnet eller for kompliserte til å anskaffes etter anbudskonkurranser, og som innebærer at leverandørene trolig ikke vil oppleve like store merkostnader ved den aktuelle regelendringen. Når oppdragsgiver velger åpen anbudskonkurranse som konkurranseform, så er den ikke like kompleks eller har færre variabler enn dersom det velges konkurranse med forhandlinger. Det gir grunn til å anta at forhandler ikke vil påføres like store kostnader dersom det innledes forhandlinger ved åpen anbudskonkurranse. Likevel legges det til grunn at leverandør påføres betydelige kostnader om forhandlinger innledes.

---

<sup>119</sup> *Ibid.*, s. 78, figur 2.1

<sup>120</sup> *Ibid.*, s. 80 (Basert på totale tidsangivelser for «Business» for «Open» og «Negotiated» i figur 2.3.)

<sup>121</sup> *Ibid.*, s. 77

<sup>122</sup> *Ibid.*, s. 7

Merkostnadene for leverandørsiden samlet blir enda større fordi man må multiplisere kostnadene ved forhandlinger med antallet tilbydere som deltar i hver konkurranse. Som det fremgår av antall innleverte tilbud i *tabell 2* ovenfor, så innleveres det i gjennomsnitt for samtlige EU- og EØS-land henholdsvis 4,8 og 5,7 tilbud ved hver enkelt konkurranse for åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger. Som etter den danske tilbudsloven så er det i punkt 3.3 ovenfor lagt til grunn et maksimalt antall tilbydere som kan inviteres til forhandlinger. For bygg- og anleggskontrakter er antallet som kan inviteres begrenset til tre tilbydere når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelaktige tilbud, mens dersom det kun forhandles om pris så er det lavest bydende leverandør som kan inviteres. Selv om dette vil begrense ressursbruken på leverandørsiden knyttet til forhandlingene vil de fremdeles påføres økte kostnader i tilfellene der forhandlinger innledes, noe diskusjonen i punkt 4.2.2 ovenfor viser at trolig vil skje hyppig.

#### 4.3.4 Valg av konkurranseform

Oppdragsgiver må velge konkurranseform, og når valgt konkurranseform er kunngjort er oppdragsgiver bundet av sitt valg.<sup>123</sup> Dersom oppdragsgiver har valgt å gjennomføre en åpen anbudskonkurranse, men likevel skulle ønske å gjennomføre forhandlinger med tilbydere, må konkurransen da avlyses.<sup>124</sup> I de tilfeller der oppdragsgiver er i tvil om hvorvidt det er ønskelig å gjennomføre forhandlinger medfører det før regelendringen en risiko for at det velges feil konkurranseform. Risikoen innebærer at oppdragsgiver får valget mellom å velge et tilbud som ikke er optimalt eller å gjennomføre ny konkurranse. I det første tilfellet vil oppdragsgiver inngå en kontrakt som ikke er like fordelaktig for ham som den kunne vært. Da vil det kanskje være mer nærliggende å avlyse konkurransen og gjennomføre den på nytt. Dette er svært kostnadskrevende både for oppdragsgivere og leverandører, selv om man må anta at det ikke forekommer ofte.

I PWC (2011) undersøkes hvilke elementer som avgjør oppdragsgivers valg av konkurranseform. Oppdragsgivere trekker her frem at fordelene med forhandlinger er at denne prosessen reduserer risikoen for konkurransegrunnlaget er mangelfullt spesifisert.<sup>125</sup> Når

---

<sup>123</sup> Bakken (2013), s. 80

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> PWC (2011), s. 111

innkjøper ikke har tilstrekkelig kunnskap om hva som skal anskaffes, kan konkurransegrunnlaget inneholde feil eller ufullstendigheter som i utgangspunktet kun kan avhjelpes gjennom dialog med leverandører. Forhandlingsadgangen vil medføre større fleksibilitet for oppdragsgiver, og dermed også mindre risiko for å velge feil konkurranseform.

Regelendringen vil dermed trolig medføre en reduksjon i både oppdragsgivers og leverandørenes kostnader tilknyttet valg av konkurranseform.

#### 4.3.5 Dialog ved kontraktsinngåelse

I etterkant av tildelingen vil partene inngå kontrakten, som ved anbudskonkurranser får sitt innhold basert på konkurransegrunnlaget, kunngjøringen, tilbudet og eventuelle avklaringer mellom partene i forkant av tildeling. Under forhandlingsforbud vil ufullstendigheter i tilbudet som ikke tilsier at det må avvises og som ikke er avklart, nødvendigvis måtte avklares i perioden mellom avklaring og kontraktsinngåelse. Denne adgangen er likevel svært begrenset, og kan ikke lede til endring av tilbudet. I komplekse oppdrag der leverandøren har for lite kunnskap om det som anskaffes, kan konkurransegrunnlaget dermed bli mangelfullt. I en konkurranse med for lite dialog kan dette resultere i usikkerhet om kontraktens innhold, noe som kan medføre økt ressursbruk ved kontraktsinngåelsen.<sup>126</sup> Med større avklaringsadgang er det sannsynlig at partene vil bruke mindre tid på å diskutere innholdet i kontrakten før kontraktsinngåelsen. Dette gjør seg særlig gjeldende der oppdragsgiver har valgt å gjennomføre forhandlinger med leverandøren, fordi partene må sies å ha blitt enige om de mest vesentlige delene av kontrakten allerede før tildeling har skjedd.<sup>127</sup> Forhandlinger og de opplysninger som ellers er gitt og drøftet i forkant av kontraktsinngåelsen er et viktig tolkningsmoment ved fastsettelsen av kontraktens innhold. Det kan argumenteres med at økt dialog mellom partene i forkant av kontraktsinngåelsen reduserer risikoen for at uenighet om hvem av partene som skal bære potensielle risikoelementer. Dette reduserer sjansene for kostbare tvister mellom partene.

---

<sup>126</sup> Chever (2013), s. 4.

<sup>127</sup> *Ibid.*

Økt avklaringsadgang og gjennomføring av forhandlinger vil trolig senke både oppdragsgivers og leverandørens kostnader i perioden mellom tildeling og kontraktsinngåelse.

#### 4.3.6 Etterfølgende klager og tvisteløsning om anskaffelsesprosessen

Som påpekt i punkt 4.3.2 ovenfor vil fri avklaringsadgang og forskyvning av avvisningsvurderingen føre til mindre risiko for at oppdragsgiver gjør feil under anskaffelsesprosessen. Det kan også medføre at oppdragsgiver avviser færre tilbud av årsaker som for leverandøren, og for så vidt også oppdragsgiver, kan oppleves som meningsløse. Samlet sett kan dette føre til at leverandører i mindre grad vil ønske å angripe feil i anskaffelsesprosessen ved å klage til oppdragsgiver, KOFA eller ta rettslige skritt.

*Tabell 3* nedenfor viser en egen fremstilling av alle avgjorte KOFA-saker der avvisning av tilbudet er anvist som klagegrunn i 2012 og hittil i 2013. Oversikten viser at andelen avvisningssaker på forhold ved tilbudet var henholdsvis 18,4 prosent i 2012 og 24,3 prosent i 2013. Det har ikke lyktes å finne differensierte tall for kun FOA del II, slik at disse tallene inneholder også avvisningssaker for oppdrag over EØS-tersklene. Likevel indikerer de at en betydelig andel av sakene som klages inn dreier seg om tvister som trolig vil oppstå mye sjeldnere etter regelendringen, se punkt 3.1 ovenfor. Basert på dette kan man si at regelendringen vil virke mindre prosessdrivende. Som nevnt i punkt 3.2.1 ovenfor utgjør klagesakene etter tilbudsloven kun 15 prosent av klagesakene ved *Klagenævnet for udbud* at i 2013, noe som underbygger denne påstanden om at mer fleksible regler virker mindre prosessdrivende. Det kan også argumenteres med at desto mer dialog det har vært mellom partene i løpet av anskaffelsesprosessen, så vil antallet klager og tvister reduseres fordi leverandørene i større grad føler de er gitt anledning til å inngi sitt beste tilbud samt at de får bedre forståelse for oppdragsgivers beslutning.

**TABELL 3 – AVGJORTE KOFA-SAKER I 2012 OG 2013 HVOR AVVISNING AV TILBUDET ER ANFØRT SOM KLAGEGRUNN**

År	Brudd på regelverket	Ikke brudd på regelverket	Sak trukket før behandling	Sak avvist <sup>*2)</sup>	Sum saker vedrørende avvisning av tilbud	Antall saker totalt (herav prosentandel)
2013 <sup>*1)</sup>	11	14	5	13	43	177 (24,3 %)
2012	17	10	8	12	47	255 (18,4 %)

<sup>\*1)</sup> I perioden fra 1. januar til 5. november

<sup>\*2)</sup> Sak avvist av KOFAs sekretariat fordi den er enten uhensiktsmessig å behandle, ubegrunnet eller at klart ikke kan føre frem

Kilde: Basert på KOFA sin publiserte oversikt (<http://www.kofa.no/no/Avgjorte-saker/>) [Sitert 5. november 2013].



Når oppdragsgiver gis større frihet til å styre dialogen og gjøre skjønnsmessige vurderinger øker samtidig risikoen for at oppdragsgiver forskjellsbehandler leverandører eller på annen måte handler i strid med grunnprinsippene i LOA § 5. Det har ikke lyktes å finne empiriske data som kan bidra i vurderingen av om disse faktorene samlet sett vil medføre økte, reduserte eller uendrede kostnader i forbindelse med regelendringen.

Kostnader forbundet med klager og tvisteløsning er mer kostbart for leverandører enn for oppdragsgivere. Det fremgår av PWC (2011) at for åpen anbudskonkurranse så bruker leverandøren i gjennomsnitt drøye 6 arbeidsdager på etterfølgende klager og tvisteløsning, noe som utgjør over dobbelt så mye som for oppdragsgiver.<sup>128</sup> Videre fremgår det av rapporten at konkurranseformen ikke utgjør noen stor forskjell på den gjennomsnittlige tidsbruken når slik uenighet oppstår, for konkurranse med forhandling reduseres kostnadene noe for begge parter.<sup>129</sup> Dermed kan det legges til grunn at regelendringen i seg selv ikke vil medføre nevneverdige forskjeller mellom aktørene når tvisten først oppstår.

Det konkluderes dermed med at regelendringen vil føre til at alle aktørenes kostnader tilknyttet etterfølgende klager og tvisteløsning vil bli noe redusert. Dette fordi regelendringen trolig vil gi regler som er mindre prosessdrivende. Likevel presiseres det at når tvister først oppstår vil aktørenes kostnader trolig være uendret.

#### 4.3.7 Endret reguleringsmåte og klarlegging av rettsreglenes innhold

Som redegjort for i punkt 3.3 ovenfor vil regelendringen medføre at en rekke av prosedyrereglene som i dag har til formål å ivareta de grunnprinsippene i LOA § 5 blir avskaffet. Det fører likevel ikke til regelløshet fordi de sistnevnte prinsippene vil gjelde som rettslige standarder, hvor det gjennom konkret eller generell tolkning utledes materielle rettsregler. Eksempelvis vil regelendringen føre til at oppdragsgiver går fra å ha relativt klart definerte regler i FOA § 12-1 andre ledd for når de kan gjøre avklaringer av tilbud, til å fritt kunne gjøre avklaringer så lenge leverandørene ikke forskjellsbehandles etter FOA § 3-1 fjerde ledd. Problemstillingen i det videre er om regelendringen

---

<sup>128</sup> Se PWC (2011), s. 80, (Basert på tidsangivelser i «Litigation»-fasen for «Open» i figur 2.3.)

<sup>129</sup> *Ibid.*, (Basert på tidsangivelser i «Litigation»-fasen for «Open» og «Negotiated» i figur 2.3.)

dermed tilsier en omlegging av reguleringsmåten, og om det i så fall medfører transaksjonskostnader for aktørene.

I artikkelen «Rules versus Standards» analyserer Kaplow hensiktsmessigheten av to ulike reguleringsmåter ut fra hvilke økonomiske konsekvenser de medfører for aktørene og samfunnet, med fokus på når innholdet i rettsreglene bør klarlegges.<sup>130</sup> I analysen trekker han frem forskjellen på å regulere fart i trafikken, enten angitt som *rules* om et forbud mot å «kjøre i mer enn 90 km/t» eller som en *standard* om forbud mot å «kjøre uforsvarlig fort».<sup>131</sup> *Rules* kan defineres som rettsregler som gis sitt innhold før vedtakelse, mens *standards* er rettsregler der innholdet først klarlegges etter vedtakelse gjennom en tolkningsprosess før de er klare til anvendelse.<sup>132</sup> I artikkelen skilles de to reguleringsmåtene utelukkende ut fra distinksjonen «*hvorvidt innholdet i rettsregelen klarlegges før eller etter at individet har handlet*» (egen oversettelse).<sup>133</sup> Basert på analysen argumenterer Kaplow for at desto oftere rettsregelen skal anvendes på et rettsspørsmål, desto mer fordelaktig ser *rules* ut til å være i forhold til *standards*.<sup>134</sup> *Rules* er fordelaktig fordi kartlegging av reglenes innhold utgjør en engangskostnad, i motsetning til *standards* som har høye håndhevingskostnader.<sup>135</sup> Videre bruker individer mindre tid på å tilegne seg informasjon om innholdet av *rules* og dermed kan de være bedre informert og i større grad handle i tråd med reglene under *rules* enn under *standards*.<sup>136</sup> Dersom innholdet i *standards* klarlegges og tillegges prejudikatsvirkninger gjennom rettspraksis, vil imidlertid ulikhetene mellom reguleringsmåtene reduseres, men ikke elimineres, fordi innholdet da er klarlagt for fremtidige handlinger.<sup>137</sup> Denne mekanismen vil være aktuell fordi både norsk- og EØS-rettslig tradisjon opererer med prejudikatsvirkninger av rettsavgjørelser.

Innholdet i dagens prosedyreregler for åpen anbudskonkurranse, herunder med forhandlingsforbudet i FOA § 12-1, må sies å være tilstrekkelig klarlagt. PWC (2013) viser at

---

<sup>130</sup> Kaplow (1992), s. 557

<sup>131</sup> *Ibid.*, s. 559-560

<sup>132</sup> *Ibid.*, s. 559

<sup>133</sup> *Ibid.*, s. 560

<sup>134</sup> *Ibid.*, s. 577

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Ibid.*, s. 579

30 prosent av de norske anskaffelsene skjer etter FOA del II.<sup>138</sup> I 2008 ble det nasjonalt kunngjort drøye 7 200 anskaffelser under EØS-tersklene,<sup>139</sup> og PWC (2013) viser at 77 prosent av anskaffelsene skjer som åpen anbudskonkurranse.<sup>140</sup> Dermed må det legges til grunn at reglene som regelendringen påvirker anvendes ofte. Utgangspunktet da er at reglene før eventuell endring representerer *rules* i Kaplows forstand, noe som ifølge hans teori er kostnadmessig fordelaktig for aktørene. En omlegging av reguleringsmåten vil, på grunn av anvendeshyppigheten, nødvendigvis medføre økte kostnader for aktørene.

Problemstillingen videre er hvorvidt regelendringen, medfører endret reguleringsmåte fra *rules* i retning av *standards*. Isolert sett kan det se ut som at regelendringen fjerner positivt angitte bestemmelser i anskaffelsesforskriften med et allerede avklart innhold til fordel for prinsipper som likebehandling med et uavklart innhold. Imidlertid kan det argumenteres for at innholdet i de anskaffelsesrettslige prinsippene i stor grad er klarlagt allerede, fordi disse er basert på EØS-retten. Eksempelvis er grensegangen mellom like- og forskjellsbehandling ved avklaringer og under forhandlinger i stor grad klargjort gjennom rettskildene til FOA del III og direktiv 2004/17/EU. Reglene som bygger på EØS-retten vil også bli utviklet videre for anskaffelser over EØS-tersklene selv om det gjennomføres regelendring i de særnorske reglene. Selv om myndighetene ikke er pålagt noen plikt til å harmonere nasjonale anskaffelsesregler under terskelen med EØS-retten er ikke en slik løsning unaturlig. Det danske *Klagenævnet for udbud* er «ytterst forsiktige» med å innfortolke regler fra EU-direktivene når de behandler klagesaker vedrørende tilbudsloven, fordi sakene ofte ikke er av såkalt grenseoverskridende interesse.<sup>141</sup> Dette innebærer at ved praktiseringen av den danske tilbudsloven § 2 om krav til konkurranse og likebehandling, utledes ikke innholdet av prinsippene direkte fra EU-retten. Det er usikkert om KOFA og norske domstoler vil fortolke grunnprinsippene i LOA § 5 i saker etter FOA del II annerledes enn ved saker over EØS-tersklene, men så lenge de grunnleggende kravene ikke er skilt ut i en egen bestemmelse har dette formodningen mot seg. Konkurransereformen som etableres ved regelendringen er imidlertid en nokså anner-

---

<sup>138</sup> PWC (2013), s. 4, figur 2

<sup>139</sup> St.meld. nr. 36 (2008-2009), pkt. 2.2, tabell 2.2

<sup>140</sup> PWC (2011), s. 15

<sup>141</sup> FAD (2013b), s. 2

ledes prosedyre enn eksisterende nasjonale- og EØS-rettslige prosedyrer – selv om den vil bestå av allerede eksisterende elementer. Det vil sannsynligvis dermed være usikkerhet blant både oppdragsgivere og leverandører om hva innholdet i de rettslige prinsippene er ved eksempelvis avklaringer og forhandlinger i enkeltsaker inntil innholdet er klarlagt gjennom autoritære rettskilder.

Det kan antas at det vil være kostnadene knyttet til å overføre reguleringsmåten fra *standards* i retning av *rules*, i en innledende og begrenset periode etter regelendringen. Både oppdragsgiver og leverandører vil da påføres økte transaksjonskostnader i form av risiko, juridisk bistand og tvisteløsning. Det følger av punkt 4.3.6 ovenfor at disse kostnadene er større for leverandør enn for oppdragsgiver.

#### 4.3.8 Oppsummering og resultat

Gjennomgåelsen ovenfor viser at regelendringen vil medføre endringer i aktørene transaksjonskostnader, og disse nevnes her summarisk. Det er særlig adgangen til å gjøre avklaringer, herunder at vurderingstidspunktet for avvisningsplikten forskyves, og innlede forhandlinger som er årsaken til endringene. Analysen av antatt anvendelsesomfang viser at fulle forhandlinger trolig vil innledes i en ikke-ubetydelig del av konkurransene, og at mindre avklaringer ellers vil foretas betydelig oftere enn under forhandlingsforbudet.

Oppdragsgivers ressursbruk til avklaringer og avvisning av tilbud vil bli betydelig redusert som følge av fri avklaringsadgang og forskjøvet avvisingsvurdering. Videre vil kostander ved fulle forhandlinger kun føre til en beskjeden økning i oppdragsgivers kostnader, selv om det forventes å skje i et ikke-ubetydelig omfang. Leverandør vil på sin side oppleve en beskjeden økning i sin ressursbruk knyttet til avklaringer og avvisning av tilbud. Imidlertid vil han påføres betydelige kostnader om forhandlinger innledes. Ved at antallet leverandører som kan inviteres til forhandlinger begrenses, vil derimot leverandørsidens samlede kostnader kunne begrenses.

Videre vil alle aktørene oppleve kostnadsreduksjon i forbindelse med henholdsvis valg av konkurranseform og kontraktsinngåelse på grunn av økt fleksibilitet og dialog. På lang sikt gir dette en lignende virkning på etterfølgende konflikter og tvister, der det antas at den nye konkurranseformen virker mindre prosessdrivende. Dermed reduseres

aktørenes kostnader noe, selv om effekten blir tydeligere på leverandørsiden fordi tvistebehandling er mer kostbart for dem. Aktørene påføres likevel økte kostnader knyttet til klarlegging av rettstilstanden i en innledende periode.

Samlet resulterer dette i at oppdragsgiver trolig vil oppleve en samlet reduksjon i sine transaksjonskostnader, mens leverandørene på den annen side vil oppleve å få økte kostnader ved regelendringen. Dette er hovedsakelig på grunn av kostnadene tilknyttet fulle forhandlinger.

#### **4.4 Konkurransoeffekter ved regelendringen**

Når oppdragsgivere og leverandører er gitt rettigheter og plikter gjennom anskaffelsesregler, vil dette gi både ønskede og uønskede effekter på konkurransen i markedet.<sup>142</sup> For å analysere om regelendringen vil gi endringer i konkurranseeffekter vil noen av de viktigste effektene først presenteres nedenfor, basert på en rekke gjennomførte studier. Deretter diskuteres det om anbudskonkurranser og forhandlinger gir ulike konkurranseeffekter, særlig ved påvirkning av pris og ytelse.

##### **4.4.1 Analyse av konkurranseeffektene**

I Econ (2004) redegjøres det for ulike konkurranseeffekter av regler for offentlige anskaffelser generelt. I rapporten skilles det mellom kortsiktige- og langsiktige effekter samt dominoeffekter.<sup>143</sup> En variabel for kortsiktige effekter er antall tilbydere som deltar i konkurransen, der flere tilbydere øker konkurransen og medfører lavere priser og høyere kvalitet på ytelser.<sup>144</sup> Færre tilbydere øker sannsynligheten for hemmelig prissamarbeid blant tilbydere som deltar i konkurransen, og dette medfører normalt høyere priser og lavere kvalitet på ytelser.<sup>145</sup> Videre har effekten av flere tilbydere en tendens til å intensiveres jo likere tilbyderne er.<sup>146</sup> Når det gjelder langsiktige effekter, sikrer mangfold blant vinnende tilbydere tilgang til markedet, samt at innovasjon og kreativitet blant leverandørene fremmes, noe som kan gi høyere kvalitet på ytelsene.<sup>147</sup> Dersom

---

<sup>142</sup> Econ (2004) s. 2

<sup>143</sup> *Ibid.*, s. 69

<sup>144</sup> *Ibid.*, s. 70

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*, s. 75

<sup>147</sup> *Ibid.*, s. 81

oppdragsgiver i stor grad tildeler oppdrag til tidligere leverandører basert på gode erfaringer, vil dette gjøre leverandørene mindre homogene og senke intensiteten av konkurransen i markedet.<sup>148</sup> En dominoeffekt er graden av oppnådd konkurranse i markedet gjennom oppdragsgivers anskaffelser. Dersom det liten konkurranse oppnås, innvirker dette negativt på private oppdragsgivere ved at de oppnår mindre gunstige betingelser i sine anskaffelser.<sup>149</sup> Rapporten understreker at anskaffelsesreglene har en rekke effekter på konkurransen, og at disse igjen påvirker både den pris og ytelse som oppdragsgiver oppnår i tillegg til å fremme eller hindre utvikling blant tilbydere. Videre viser rapporten at hvilke virkninger reglene har på konkurransen, er et svært komplekst spørsmål med en rekke variabler, og disse analyseres for hele regelverket generelt og sammenligner eksempelvis ikke de ulike konkurranseformene.

I Asplan Viak (2004) analyseres konkurranseeffektene mer konkret som en del av evalueringen av innføringen av anskaffelsesloven med forskrifter. I rapporten analyseres det hvilke samfunnsøkonomiske virkninger regelverket gir i form av nytte og gevinster, og det er endringer i gjennomsiktighet, pris og kvalitet som analyseres i rapporten.<sup>150</sup> Likevel har rapporten begrenset verdi for analyse av konkurranseeffektene ved en slik regelendring som analyseres her. Rapporten tar utgangspunkt i situasjoner med og uten anskaffelsesregler, og sammenligner dermed ikke to regulerte situasjoner på samme måte. Det er ikke funnet norsk litteratur eller empiriske undersøkelser fra Norge som sammenligner hvordan ulike konkurranseformer påvirker konkurranseeffektene presentert ovenfor.

For at regelendringen skal ha en pris- og ytelseeffekt som tilsier gevinst, må oppdragsgiver totalt sett oppnå enten lavere pris til samme totalytelse, bedre totalytelse til samme pris eller en kombinasjon av disse. I studiet av anskaffelsene utført av den franske oppdragsgiveren i Chever (2013), viser analysen at innføring av modellen har medført en *«betydelig reduksjon av prisen i innleverte tilbud»* på 26 prosent sammenlignet med den tradisjonelle, åpne anbudskonkurransen.<sup>151</sup> Dette begrunnes blant annet med at når

---

<sup>148</sup> *Ibid.*, s. 84

<sup>149</sup> *Ibid.*, s. 97

<sup>150</sup> Asplan Viak (2004), s. 49-51

<sup>151</sup> Chever (2013), s. 1

oppdragsgiver er så usikker på egne behov at konkurransegrunnlaget blir mangelfullt, så vil leverandører typisk kompensere for denne usikkerheten ved å kalkulere en høyere pris ved inngivelse av tilbudet for å sikre seg et overskudd uavhengig av kontraktens innhold.<sup>152</sup> Denne negative effekten på pris og ytelse kan avverges enten ved dialog før tilbud slik at konkurransegrunnlaget er mer korrekt, eller ved at partene får klargjort usikkerhetselementene gjennom forhandlinger slik at leverandøren fjerner sin innkalkulerte risiko.<sup>153</sup> Som nevnt i punkt 4.2.2 ovenfor er imidlertid denne analysen begrenset til én bestemt oppdragsgiver, og dermed best egnet til å påpeke tendenser. Det kan uavhengig av studiet likevel argumenteres for at gjennomføring av forhandlinger som utgangspunkt vil medføre at oppdragsgiver oppnår et forbedret tilbud sett i forhold til det opprinnelig innsendte tilbudet – gjennom lavere pris, bedre totalytelse eller en kombinasjon av disse. Samtidig kan det argumenteres for at ved en åpen anbudskonkurranse så vil leverandørene tradisjonelt sett ta sikte på å levere et endelig tilbud som setter dem i stand til å ha den beste konkurranseposisjonen sett i forhold til tildelingskriteriene. Tilsynelatende kan regelendringen i så fall kombinere disse fordelene fra begge konkurranseformer ved at de innleverte tilbud er priset på en maksimalt fordelaktig måte for oppdragsgiver, mens gjennomføring av forhandlinger vil forbedre aktuelle tilbud. Det franske studiet indikerer at dette kan være tilfellet.<sup>154</sup>

Samtidig er det nærliggende å diskutere muligheten for at leverandørene nettopp vil ta hensyn til risikoen for forhandlinger ved anbudskonkurranser og dermed legge inn en forhandlingsmargin i sine pris- og ytelseskalkyler. Dersom alle leverandørene priser inn denne forhandlingsrisikoen, vil regelendringen innebære en negativ priseffekt på de innleverte tilbudene. Imidlertid vil det trolig innledes forhandlinger dersom ingen av tilbudene når oppdragsgiver sin betalingsvillighet, se punkt 4.2.2 ovenfor. Dermed vil oppdragsgiver oftest klare å oppnå ønsket pris og totalytelse, selv om det medfører økte transaksjonskostnader for leverandøren. Ved å prise inn denne forhandlingsmarginen i tilbudet vil leverandøren samtidig risikere å levere et dårligere tilbud enn de andre. Dette understøttes av diskusjonen i Chever (2013) hvor det påpekes at oppdragivers valgfrihet «*prevents bidders from being able to perfectly anticipate the rules of the ga-*

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, s. 20

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> *Ibid.*, s. 23

me».<sup>155</sup> Fordi det er oppdragsgiver som velger om tildelingen skal skje på grunnlag av de opprinnelig innsendte tilbud eller reviderte tilbud som følge av forhandlinger, argumenteres det derfor med leverandøren vil unngå å prise inn forhandlingsmargin, slik at regelendringen totalt sett vil medføre en positiv priseffekt for oppdragsgiver.

De siste årene har anbudskonkurranser nettopp blitt kritisert for å hindre konkurransen på grunn av rigide regler og for dårlig informasjonsflyt mellom oppdragiver og leverandør, noe som har en negativ effekt på pris og ytelse.<sup>156</sup> Et studie av pris- og ytelseseffektene ved å konkurranseutsette togtransporttjenester i Tyskland indikerer imidlertid at anbudskonkurranser gir bedre pris- og ytelseseffekt enn konkurranse med forhandlinger.<sup>157</sup> Analysen viser at det under kontraktene inngått ved anbudskonkurranse, var punktligheten på togtenestene 16 prosent høyere enn der kontraktene var inngått gjennom forhandlinger.<sup>158</sup> Videre var kontraktsprisen 25 prosent lavere for kontraktene inngått ved anbudskonkurranse sammenlignet med forhandlinger.<sup>159</sup> Artikkelen argumenterer for at resultatene indikerer at anbudskonkurranser har en mer positiv pris- og ytelseseffekt enn konkurranser med forhandlinger.<sup>160</sup> Samtidig påpekes det at en mulig årsak til at forhandlinger ga dårligere pris- og ytelseseffekt enn anbud, var at det tidligere monopolselskapet *DB Regio* var en så sterk leverandør at det kan ha tillatt seg å tilby sine tjenester til en mindre fordelaktig totalytelse på grunn av sin markedsdominans.<sup>161</sup> Videre gjaldt studiet direkte forhandlinger med selskapet uten forutgående kunngjøring, og ikke en konkurranseform hvor alle potensielle tilbydere ble invitert til å inngi tilbud.<sup>162</sup> Konkurransereformen er dermed nokså annerledes enn anbudskonkurranse med forhandlingsadgang. Derfor grunn til å legge mer vekt på konklusjonene som utledes fra Chever (2013), som viser at forhandlingsadgangen vil ha en positiv effekt på pris og ytelse.

---

<sup>155</sup> *Ibid.*, s. 21

<sup>156</sup> *Ibid.*, s. 4

<sup>157</sup> Lalive (2011)

<sup>158</sup> *Ibid.*, s. 5

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> *Ibid.*, s. 1

<sup>161</sup> *Ibid.*, s. 29

<sup>162</sup> Chever (2013), s. 5



At oppdragsgiver får en positiv priseffekt behøver ikke nødvendigvis å utgjøre negative konsekvenser for leverandør. Regelendringen vil medføre økt dialog mellom aktørene gjennom både avklaringer og forhandlinger. I den enkelte anskaffelse kan dette medføre økt mulighet for leverandør til også å få en mer fordelaktig kontrakt. Forhandlinger handler i stor grad om å øke forhandlingsoverskuddet mellom partene. Som diskutert ovenfor kan dialogen bidra til leverandøren slipper å innkalkulere risiko for usikkerhetselementer slik at overskuddet økes og at i leverandørens i større grad får sin andel av dette overskuddet.

På lengre sikt kan det argumenteres med at økt dialog medfører at aktørene generelt sett blir bedre informert. Det vil gjøre at oppdragsgiver får bedre kunnskap om de varer og tjenester som tilbys i markedet. Leverandøren vil på sin side få bedre innsikt i oppdragsgivers behov, som kan bidra positivt på produktutvikling og innovasjon.

Tradisjonelt har anbudskonkurranser blitt favorisert i forhold til forhandlingskonkurranser i økonomisk teori, hvor det argumenteres med at anbud gjør prosessene mer transparente, noe som minsker sjansene for korrupsjon og prissamarbeid.<sup>163</sup> Chever og Moore påpeker viktigheten av reguleringer som sikrer gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet når oppdragsgiver får økt skjønnskompetanse, og mener at begrunnelse om valg av tilbyder samt protokollering av forhandlingene er viktige tiltak for å hindre favorisering og korrupsjon.<sup>164</sup> Videre argumenter de for at oppdragsgivers valgfrihet til å forhandle vil innledes vanskeliggjør eventuelle prissamarbeid mellom leverandørene og dermed virker konkurransefremmende.<sup>165</sup>

#### 4.4.2 Oppsummering og resultat

Gjennomgåelsen ovenfor viser for det første at hvilke virkninger som kan forventes av regelendringen i form av konkurranseeffekter er et komplekst spørsmål. Videre viser den at det er mangel på empiri når det kommer til hvilke effekter de ulike konkurranseformene har på konkurransen. Likevel indikerer studien av den franske modellen at den aktuelle konkurranseformen kan ha positiv effekt, særlig på pris og ytelse. Årsakene til

---

<sup>163</sup> *Ibid.*, s. 4

<sup>164</sup> *Ibid.*, s. 21

<sup>165</sup> *Ibid.*

dette er først og fremst økt dialog og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør, noe som forventes å øke forhandlingsoverskuddet til partene.

Det er også viktig å understreke at regelverket må ha mekanismer for å forhindre forskjellsbehandling og forfordeling av leverandører, fordi risikoen vil øke og det ellers kan virke hemmende på konkurransen.

Dersom man legger til grunn empirien som er undersøkt i denne analysen, resulterer det i en forventning om at regelendringen vil medføre økte konkurranseeffekter i form av forbedrede pris- og ytelseeffekter og økt informasjonsmengde for aktørene. Samtidig understrekes det at denne konklusjonen gjøres innenfor rammen av mangelfulle empiriske data. Ytterligere studier med data fra flere anskaffelser, anskaffelser utført av mer heterogene oppdragsgiver og under de særnorske reglene, vil kunne gi mer presise svar på hvordan regelendringen vil påvirke konkurransen.

#### 4.5 Oppsummering og resultat

Denne analysen forsøker å besvare hvorvidt en endring av dagens åpne anbudskonkurranse vil medføre økt kostnadseffektivitet i samfunnsøkonomisk forstand. Anskaffelser etter regelendringen må da skje med lavere kostnader for samfunnet enn før endring, basert på en netto beregning av de virkninger den har på transaksjonskostnadene og konkurransen. Analysen ovenfor har vist at oppdragsgiver får en samlet reduksjon i sine transaksjonskostnader, mens leverandørene får økte kostnader etter regelendring, hovedsakelig på grunn av kostnadene tilknyttet forhandlingene. Videre har analysen konkludert med en forventning om at endringen medfører positive effekter på konkurransen, på kort sikt i form av forbedret pris- og ytelseeffekt særlig for oppdragsgiver, men også for leverandører. På lengre sikt kan den økte informasjonsmengden gi bedret produktutvikling og økt innovasjon som er fordelaktig for begge parter.

Analysen viser at innføring av den nye konkurranseformen trolig vil redusere oppdragsgivers kostnader og gi ham bedre pris og totalytelser. Dermed kan det konkluderes med regelendringen i alle fall vil medføre økt kostnadseffektivitet i *snever forstand*. Dessverre er det få empiriske undersøkelser som sammenligner disse elementene for ulike konkurranseformer. En slik deskriptiv analyse som her er gjennomført gir ikke like sikre indikasjoner på forventet virkning av slike regelendringer som empiriske analyse av mer

relevante data. Likevel gir analysen en unik kartlegging av de ulike kostnads- og konkurranseelementene som forventes påvirket, og diskuterer disse i lys av nylig oppdatert litteratur og empiriske undersøkelser med viktig overføringsverdi. I Chever (2013) understrekes nettopp viktigheten av å se de fordelaktige konkurranseeffektene som følge av økt dialog og forhandlinger i sammenheng med endringer i aktørenes transaksjonskostnader, noe som ikke er kartlagt i deres analyse.<sup>166</sup> Analysen ovenfor viser at leverandørsiden vil oppleve betydelig økte kostnader, men også at forhandlingsadgangen er med på å øke forhandlingsoverskuddet til partene. Dette er en klar samfunnsøkonomisk fordel. Basert på det, og med den presiseringen hva gjelder mangel på empiriske data, konkluderes det med at regelendringen også vil gi økt kostnadseffektivitet i *samfunnsøkonomisk forstand*.

## 5 Justering av nasjonal terskelverdi

Hvilke anskaffelsesregler som pålegges aktørene bestemmes ut fra oppdragets anslåtte verdi.<sup>167</sup> Anskaffelser som har en oppdragsstørrelse under EØS-terskelen, men som er over den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, skal gjennomføres etter FOA del II, se punkt 2.2 ovenfor. Dermed utgjør denne terskelverdien et materielt vilkår for om forhandlingsforbudet i FOA § 12-1, altså bestemmelsen som omfattes av regelendringen som diskuteres i oppgaven, kommer til anvendelse i den enkelte anskaffelse. Nivået for terskelverdien er dermed bestemmende for hvilke rettigheter og plikter som aktørene pålegges. Derfor vil det i dette kapittelet vurderes om terskelverdien bør justeres dersom regelen endres. For å gjøre dette vil det først redegjøres for en økonomisk modell for optimal terskelverdi, basert på denne gjøres det deretter en analyse av virkningene som regelendringene ventes å ha på nivået for terskelen.

### 5.1 Samfunnsøkonomisk optimal terskelverdi

I forbindelse med en stortingsmelding i 2008,<sup>168</sup> ble Asplan Viak AS engasjert for å evaluere økningen av den nasjonale terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner i

---

<sup>166</sup> Chever (2013), s. 21-22

<sup>167</sup> FOA § 2-2

<sup>168</sup> St.meld. nr. 36 (2008-2009)

2005.<sup>169</sup> I rapporten presenteres det en modell for den samfunnsøkonomisk optimale terskelverdien.

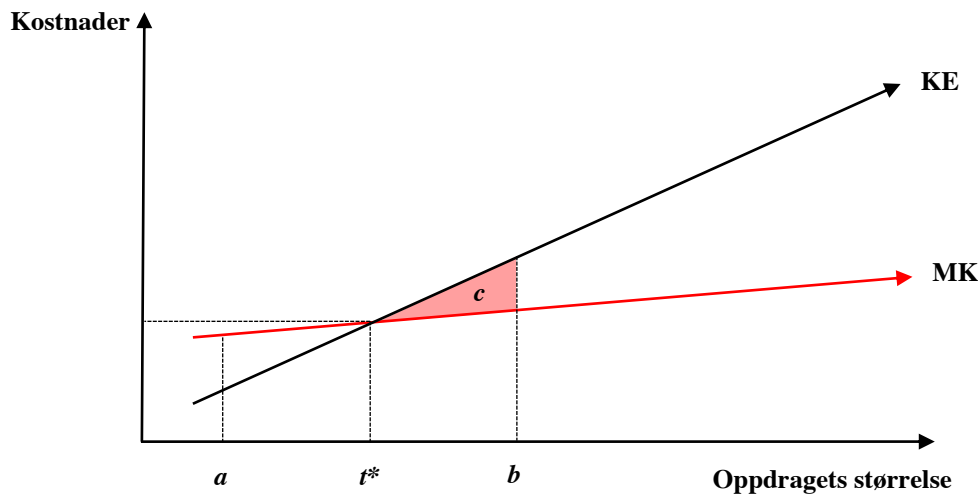
I *figur 5* nedenfor illustreres det optimale nivået for terskelen, og er basert på fremstillingen i rapporten.<sup>170</sup> Figuren viser hvilken virkning rettighetene og pliktene i anskaffelsesregelverket har langs den vertikale aksen, avhengig av hvilken størrelse oppdraget har i pengeverdi langs den horisontale aksen. Virkningene er illustrert som kostnader (linjen *MK*) og konkurranseeffekter (linjen *KE*) og måles i kroner. Merkostnadene som aktørene påføres fordi oppdraget er over terskelverdien er illustrert ved linjen *MK*. Både oppdragsgiver og leverandører påføres økte transaksjonskostnader når de må følge reglene i FOA del II om terskelen nås, sammenlignet med de grunnleggende kravene i FOA del I. Det antas at merkostnaden utgjør en relativt konstant kostnad når terskelen nås, og at kostnadene øker noe i takt med oppdragets størrelse. Anskaffelsesreglene fører til økt konkurranse med ønskelige konkurranseeffekter, og konkurranseeffektene som aktørene opplever som gevinst fordi oppdraget er over terskelverdien er illustrert ved linjen *KE*. Konkurranseeffekten øker også i takt med oppdragets størrelse, men det antas at effektene øker i større grad enn kostnadene slik at linjen *KE* er tegnet brattere enn *MK*. Den optimale terskelverdien er der merkostnadene er lik konkurranseeffektene, altså punktet der oppdragets størrelse er lik  $t^*$ . Dette kan illustreres ved å istedenfor ta utgangspunkt i terskelverdien  $a$ . Figuren viser at når terskelverdien er lik  $a$ , så vil kostnadsvirkningene være større enn konkurransevirkningene og terskelen er ikke optimal. Dermed pålegges aktørene uhensiktsmessig store transaksjonskostnader i forhold til de fordelaktige konkurranseeffektene som reguleringen medfører. Hvis man istedenfor antar at terskelverdien er lik  $b$ , vil konkurransevirkningen derimot være større enn kostnadsvirkningene. Det er jo ønskelig, men dersom  $b$  utgjør terskelverdien så vil det medføre at konkurransevirkningene for oppdrag i størrelsen mellom  $t^*$  og  $b$  ikke blir utnyttet fordi partene ikke må følge FOA del II før oppdraget overstiger terskelen. Fordelene som ikke realiseres utgjør området  $c$ . Sammen beviser dette at den optimale terskelverdien er  $p^*$ , altså der merkostnadene tilsvarer konkurranseeffektene ved å pålegge partene å følge FOA del II.

---

<sup>169</sup> Asplan Viak (2008)

<sup>170</sup> *Ibid.*, s. 9-12

FIGUR 5 – SAMFUNNSØKONOMISK OPTIMAL TERSKELVERDI



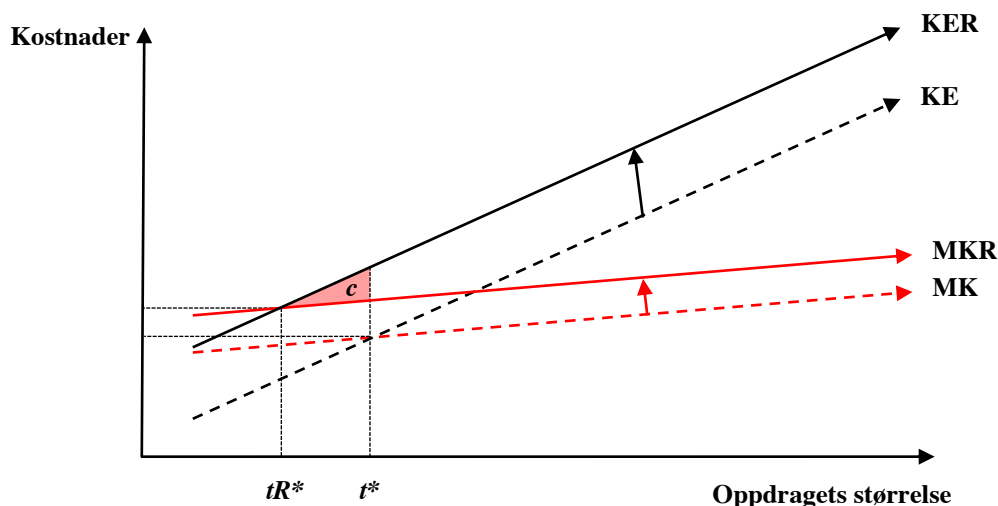
## 5.2 Justert terskelverdi ved regelendring

I kapittel 4 er det gjort en analyse av hvilke samfunnsøkonomiske virkninger den aktuelle regelendringen kan ventes å ha på transaksjonskostnader og konkurranseeffekter. Analysen viste for det første at det kan forventes at oppdragsgiver og leverandører samlet sett påføres økte transaksjonskostnader ved regelendring. Virkningen av regelendringen, sammenlignet med *figur 5* ovenfor, er altså at merkostnadene øker ytterligere. Videre ble det konkludert med at de samlede konkurranseeffektene oversteg de økte kostnadene som regelendringen vil utløse. Basert på dette antas det derfor at virkningen på konkurransen er større enn merkostnadene.

*Figur 6* nedenfor viser en skiftanalyse basert på *figur 5* ovenfor. De økte kostnadene som aktørene påføres medfører et positivt skift i linjen *MK*, slik at de nye linjen *MKR* utgjør merkostnadene etter regelendring. Tilsvarende skjer for konkurranseeffektene, og den nye linjen *KER* illustrerer videre at dette skiftet er noe større *MK*. Skiftet medfører at konkurranseeffektene allerede tilsvarer merkostnadene når oppdragets størrelse er lik  $tR^*$ . Dette punktet tilsvarer derfor den nye optimale terskelverdien. Dersom terskelverdien ikke justeres dit ved regelendringen, men forblir på nivået  $t^*$ , så viser figuren at situasjonen blir den samme som ble illustrert for terskelverdi  $b$  i *figur 5* ovenfor. Når aktørene ikke pålegges å følge regelverket før ved  $t^*$ , så vil ikke konkurransevirkningene for oppdrag i størrelsen mellom  $tR^*$  og  $t^*$  ikke blir utnyttet og fordelene som ikke

realiseres utgjør området  $c$ . Basert på dette bør terskelverdien altså senkes ned til  $tR^*$  dersom regelendringen gjennomføres.

FIGUR 6 – HVORDAN ØKTE TRANSAKSJONSKOSTNADER OG KONKURRANSEEFFEKTER PÅVIRKER TERSKELVERDIEN, SKIFTANALYSE



Den partielle analysen av regelendringen indikerer altså at den nasjonale terskelverdien bør oppjusteres dersom aktørene påføres økte transaksjonskostnader ved regelendringen. I den forbindelse understrekes det at den nasjonale terskelverdien regulerer når hele regelsettet i FOA del II kommer til anvendelse, og ikke regelendringene som oppgaven fokuserer på. Dermed bør det gjøres en analyse av samlede virkninger som en eventuell lovreform har før man kan konkludere om terskelverdien bør justeres.

## 6 Om regelendringen utgjør en forenkling

Som tidligere nevnt er en viktig målsetning med reformen både i EU og Norge at anskaffelsesregelverket forenkles, se punkt 2.3 ovenfor. Det vil derfor i dette kapitlet diskuteres hvorvidt regelendringen utgjør en *forenkling*.

Forenkling er ikke et entydig uttrykk, selv når det gjelder regelendring. I en svensk utredning fra 2011 uttaler utvalget følgende om det kommuniserte behovet for forenkling av de svenske anskaffelsesreglene: «Vad som avses med förenklingar varierar emellertid beroende på vem man frågar. Inte sällan framförs också önskemål om förenklingar

*utan närmare precisering.»*<sup>171</sup> Dette illustrerer en inkonsekvent bruk og forståelse av begrepet. En diskusjon av begrepet som synliggjør dette er gjort av lovutvalget som i 1994 utredet ny lov om vassdrag og grunnvann. Utvalget påpeker at begrepet kan innebære en forenkling rent materielt, administrativt, språklig, ved harmonisering med øvrig regelverk, samt å bedre oversikten over fragmenterte regler, eller en kombinasjon av disse.<sup>172</sup> Regelendringen som er aktuell her utgjør i alle fall en kombinasjon av materiell regelforenkling og administrativ forenkling. En materiell forenkling kan innebære en innholdsmessig deregulering av gjeldende lovregler slik at reguleringen enten forsvinner eller overlates til ulovfestet rett.<sup>173</sup> Regelendringen medfører at forhandlingsforbudet med tilhørende avklaringsregler avløses av en frihet for oppdragsgiver til å kommunisere og innlede forhandlinger med leverandører innenfor rammene av de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene, se punkt 3.3 ovenfor. Sammen med den frie avklaringsadgangen og forskyvningen av avvisningsvurderingen kan det argumenteres for at endringene gjør saksgangen enklere å administrere for oppdragsgiver, se særlig punkt 4.3.2 ovenfor.<sup>174</sup>

Et annet utgangspunkt for å vurdere om regelendringen utgjør en forenkling er å anta at en forenkling fører til mindre ressursbruk. Det nærliggende spørsmålet er da hvorvidt man skal se på oppdragsgivers ressursbruk alene eller den samlede ressursbruken, altså kostnadseffektivitet i snever eller vid forstand.

EU-Kommisjonen skriver i sitt utkast til nytt anskaffelsesdirektiv at revisjonen har til *«formål at gjøre tildelingen af kontrakter mere fleksibel samt sikre, at offentlige kontrakter udnyttes bedre til støtte for andre politikker»* (egen utheving).<sup>175</sup> Videre presiseres det første del av formålet på følgende måte:

*«Mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre de bedst mulige resultater af indkøb med hensyn til penge. Dette vedrører især en forenkling og fleksibilisering af de gældende regler om offentlige indkøb. Forenklete og mere effektive fremgangsmåder vil være en fordel for alle*

<sup>171</sup> SOU 2011:73, s. 77

<sup>172</sup> NOU 1994:12, s. 453

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> COM (2011) 896, s. 2

*økonomiske aktører og vil lette SMV'ers og grænseoverskridende tilbudsgiveres deltagelse.»<sup>176</sup>*

Dette sitatet viser at EU-kommisjonens vil benytte forenklinger og økt fleksibilitet i regelverket for å sikre at oppdragsgivere oppnår kontrakter med best *value for money*. Det vil altså si kostnadseffektivitet i snever forstand. Samtidig presiserer EU-kommisjonen at en annen målsetning er å lette tilbyderes deltagelse i konkurranser («*SMV*» står her for små- og mellomstore bedrifter). I den forbindelse vises det til forenklete og mer effektive fremgangsmåter, noe som synes relatert til aktørenes samlede ressursbruk knyttet til anskaffelsesprosessen. Fornyings- og administrasjonsdepartementet uttaler imidlertid at hensikten med forenklingen i EUs reformarbeid blant annet er «*å lette de administrative byrdene (transaksjonskostnadene) ved anvendelse av anskaffelsesdirektivet, både for oppdragsgivere og leverandører*».<sup>177</sup> Sammenholdt skulle det tilsi at målsetningen også er at forenklinger skal føre til kostnadseffektivitet i vid forstand.

Av departementets mandat til Forenklingsutvalget fremgår følgende:

*«Hensikten med gjennomgangen er å avdekke et eventuelt behov for å endre det eksisterende regelverket med sikte på forenkling og økt fleksibilitet. Med forenkling siktes det til økt brukervennlighet, men også til senking av kostnader ved gjennomføring av offentlige anskaffelser. Til grunn for en vurdering av om, og eventuelt hvilke endringer som skal foretas, må det tas utgangspunkt i samfunnsøkonomiske kost/nytte betraktninger. Med dette menes typisk at de samfunnsøkonomiske gevinstene i form av mer effektiv ressursutnyttelse ved økt konkurranse og mindre korrupsjon blir drøftet opp mot de samfunnsøkonomiske kostnadene ved anvendelse av anskaffelsesregelverket»<sup>178</sup> (Egen utheving).*

Departementet understreker i mandatet at forenkling bør medføre en økt brukervennlighet. Fordi det primært er oppdragsgiver som anvender direkte regelverket, forstås dette

---

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> FAD (2012b), s. 3

<sup>178</sup> *Ibid.*



som administrativ regelforenkling slik dette er fremstilt ovenfor. Samtidig poengterer departementet at forenkling nettopp bør medføre en reduserte transaksjonskostnader, samt at de samfunnsøkonomiske kostnadene må tas med i betraktningen.

Kostnadsanalysen som er gjort i denne oppgaven viser at regelendringen vil medføre større fleksibilitet og gi mer skjønnskompetanse, se punkt 4.5 ovenfor. I den forbindelse utgjør regelendringen dermed en forenkling. Imidlertid viser kostnadsanalysen også at man kan forvente en økning i de samlede transaksjonskostnadene for samfunnet dersom man gjennomfører regelendringen, noe som skulle tilsi at endringen ikke medfører en forenkling. Dersom man tar utgangspunkt i at de samlede konkurranseeffektene vil overstige disse kostnadene, skulle dette likevel tilsi at regelendringen virker forenklen- de. Uten en entydig definisjon av forenklingsbegrepet lar det seg imidlertid vanskelig konkludere hvorvidt regelendringen utgjør en forenkling eller ikke.

## 7 Avsluttende bemerkninger

Bakgrunnen for denne rettsøkonomiske analysen er det pågående arbeidet med å forbedre anskaffelsesregelverket blant annet gjennom forenklinger. Det er imidlertid ikke bare utformingen av regelverket som er avgjørende for gode og riktige anskaffelser. Det er også nødvendig at kompetanse til å gjøre gode innkjøpsfaglige vurderinger, som hva som skal anskaffes, markedet og hvilken anskaffelsesmetode som er mest formålstjenlig.<sup>179</sup> Regelendring og utvikling i retning av mer forhandlinger og mindre anbudskonkurranser krever derfor kompetanse. Det gjør også økt valgfrihet og fleksibilitet i regelverket, da det er innkjøperen som er den primære rettsanvenderen. Analysen viser likevel at en innføring av forhandlingsadgang vil virke besparende for både oppdragsgiver og leverandør. Benytter innkjøper sin adgang kun til å gjøre mindre avklaringer vil dette også redusere kostnadene og forbedre anskaffelsen, uavhengig av fagkompetanse. Samtidig gir forhandlingsadgangen mer kompetente innkjøpere anledning til å realisere et potensielt forhandlingsoverskudd sammen med leverandørene. Basert på dette kan det også argumenteres med at regelendringen kan bidra til kompetanseutvikling. I den forbindelse siteres en treffende uttalelse fra Europautredningen om forholdet mellom regulering av anskaffelser og innkjøpskompetanse:

---

<sup>179</sup> St.meld. nr. 36 (2008-2009), s. 40

*«De nye anskaffelsesreglene har åpenbart hatt stor betydning for hvordan markedet for offentlige kontrakter i Norge fungerer, både for oppdragsgiverne og tilbydere. Generelt har det ført til en profesjonalisering av innkjøpene, særlig i større etater. Prosedyrer og praksis er blitt bedre, og det har blitt større åpenhet om prosessene.»<sup>180</sup>*

Analysen bidrar til å peke på hvilke samfunnsøkonomiske konsekvenser en slik regelendring kan ventes å få. Det er verdt å merke seg at kostnadsanalysen viser at det i en innledende periode vil oppstå økte kostnader fordi rettstilstanden må avklares. Reglene vil derimot virke mindre prosessdrivende på sikt. Videre indikerer analysen av konkurranseeffekter at regelendringen på lengre sikt vil gi en stadig mer fordelaktig virkning, i form av bedre produktutvikling og økt innovasjon som et resultat av økt dialog. Samlet sett tilsier dette at regelendringen på lengre sikt vil ha en enda mer fordelaktig virkning på kostnadseffektive anskaffelser – både for oppdragsgiver og samfunnet samlet sett.

Det er en svakhet ved analysen at særlig konkurranseeffektene ved regelendringen er vanskelige å vurdere. Dette er både fordi det generelt er komplisert å beregne dem og fordi det foreligger lite konkret materiale om de ulike konkurranseformenes virkning på konkurransen. I mangel av mer nøyaktige analyser må lovgiver foreta en politisk vurdering av om de fordelaktige, men mer usikre, konkurranseeffektene som forhandlingsadgang kan ha på konkurransen, veier opp for de mer sikre merkostnadene som innføring-en medfører.

\*   \*   \*

---

<sup>180</sup> NOU 2012:2, s. 174

## **Litteratur- og kildeliste**

Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser Kommentartutgave*. 2. utg. Oslo, 2004.

Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. 2. utg. London, 2005.

Bakken, Espen og Thomas Nordby. *Offentlige anskaffelser*. 1. utg. Bergen, 2013.

Betænkning nr. 42 (2004-2005). *Bemærkninger til forslag om Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren*. København, 2005.  
(<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=91592>) [Sitert 18. november 2013].

Chever, Lisa og John Moore. *Discretion and Efficiency in Public Procurement: Evidence from France*. The Economics of Public Private Partnerships Chair (EPPP), Working Paper 2012-09. August 2013. ([http://chaire-eppp.org/files\\_chaire/chever\\_moore\\_2013\\_-\\_discretion\\_and\\_efficiency\\_0.pdf](http://chaire-eppp.org/files_chaire/chever_moore_2013_-_discretion_and_efficiency_0.pdf)) [Sitert 13. november 2013].

COD (2011) 438. *Proposal for a Directive of The European Parliament and Of The Council on Public Procurement*. Foreløpig utgave. Juli 2013.  
(<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/tema/konkurranse/nyheter-konkurranse.html?contentid=735045&id=686547>) [Sitert 18. november 2013].

COM (2011) 896. *Proposal for a Directive of The European Parliament and Of The Council on Public Procurement*.

Econ, prepared for Office of Fair Trading (Storbritannia). *Assesing the impact of public sector procurement on competition, volume 1: main report (OFT7426)*. September 2004. ([http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/comp\\_policy/oft742a.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft742a.pdf)) [Sitert 15. september 2013].

Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. 1. utg. Oslo, 2008.

*EP/Rdir 1992/50/EØF*. Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter. Opphevet 2004.

*EP/Rdir 1993/36/EØF*. Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp. Opphevet 2004.

*EP/Rdir 1993/37/EØF*. Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter. Opphevet 2004.

*EP/Rdir 2004/18/EU*. Europaparlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

*EP/Rdir 2007/66/EU*. Europaparlamentets og Rådets direktiv om håndhevelse av offentlige anskaffelser.

*FOA* (anskaffelsesforskriften). Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) 2012a. *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. November 2006, oppdatert juli 2012. ([http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Off\\_f\\_ansk\\_veileder\\_2012.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Off_f_ansk_veileder_2012.pdf)) [Sitert 1. november 2013].

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) 2012b. *Pressemelding: Utvalg skal foreslå forenkling av offentlig innkjøp. Gjennomgang av den særnorske delen av regelverket om offentlige anskaffelser – mandat for offentlig utredningsutvalg*. Desember 2012. (<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/fad/Nyheter-og-pressemeldinger/pressemeldinger/2012/utvalg-skal-foresla-forenkling-av-offent.html?id=710280>) [Sitert 18. november 2013].

Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) 2013a. *Ønsker innspill til gjennomføringen av nye EU-regler om offentlige anskaffelser*. September 2013. (<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2013/innspill-nye-eu-regler.html?id=735045>) [Sitert 18. november 2013].

Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) 2013b. *Referat fra telefonmøte med Michael Ellehauge fra Klagenævnet for Udbud (Danmark) og Forenklingsutvalgets sekretariat den 30. oktober 2013*. November 2013.

Goller, Morten. *Vesentlige avvik og forbehold*. I: Tidsskrift for forretningsjus. Årg. 2011, s. 97-129.

Holm, Jerker. *En analys av transaktionskostnader vid offentlig upphandling*. SOU 2011:73 (Sverige) bilag 6. November 2011.

Inventura AS. *Prosesstøttesystem med maler*. Oktober 2011.  
(<http://uit.no/Content/301675/Offentlig%20prosess.pps>) [Sisert 4. november 2013]

Kaplow, Louis. *Rules versus Standards: An Economic Analysis*. I: *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 3 (1992), s. 557-629. Desember 1992. (Sisert fra JStor 10. juni 2013).

*KOFA-forskriften* (klagenemdsforskriften). Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288.

KOFA-sak 2009/165. (Sisert fra Lovdata).

KOFA-sak 2011/1. (Sisert fra Lovdata).

KOFA-sak 2011/55. (Sisert fra Lovdata).

KOFA-sak 2011/131. (Sisert fra Lovdata).

KOFA-sak 2011/146. (Sisert fra Lovdata).

Konkurrence- og Forbrugsstyrelsen 2013a. *Vejledning til annonceringsplikten efter tilbudslovens afsnit II*. Februar 2013. (<http://www.kfst.dk/Indhold/KFST/Publikationer/Dansk/2013/~media/KFST/Publikationer/Dansk/2013/Vejledning%20til%20annonceringsplikten%20efter%20tilbudslovens%20afsnit%20II%2026022013%20vejledning.pdf>) [Sisert 18. september 2013].

Konkurrence- og Forbrugsstyrelsen 2013b. *Udbudslovsudvalget*. August 2013. (<http://www.kfst.dk/Offentlig-konkurrence/Udbudslovsudvalg>) [Sisert 29. oktober 2013].

Konkurrencestyrelsen (Danmark). *Vejledning til tilbudsloven 2005*. November 2005. (<http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Publikationer/Dansk/2005/~media/KFST/Publikationer/Dansk/2005/Vejledning%20til%20tilbudsloven%202005%2023082005%20vejledning.pdf>) [Sisert 23. oktober 2013].

Lalive, Rafael og Armin Schmutzler. *Auctions vs Negotiations in Public Procurement Which Works Better?* University of Zurich, Dept of Economics, Working Paper 23. August 2011. (<http://www.econ.uzh.ch/static/wp/econwp023.pdf>) [Sisert 24. oktober 2013].

*Licitationsloven*. Lov nr. 216 af 8. juni 1966 om licitation m.v. [Danmark].  
Opphevet 2005.

*LOA* (anskaffelsesloven). Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69.

NOU 1975: 9. *Regelverk for Statens Anskaffelsesvirksomhet (REFSA)*.

NOU 1997: 21. *Offentlige anskaffelser*.

NOU 2012: 2. *Innenfor og utenfor («Europautredningen»)*.

Ot.prp. nr. 3 (2000-2001). *Om lov om endringer i lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser*.

Ot.prp. nr. 71 (1997-98). *Om lov om offentlige anskaffelser*.

PricewaterhouseCoopers (PWC) for Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (FAD). *Oversikt over norske offentlige anskaffelser i perioden 2009-2012*. September 2013.

PricewaterhouseCoopers (PWC), London Economics og Ecorys for Den Europeiske Kommisjon. *Public procurement in Europe, Cost and effectiveness*. Mars 2011.  
([http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/cost-effectiveness\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/cost-effectiveness_en.pdf)) [Sisert 30. september 2013].

SOU 2011:73. *På jakt efter den goda affären - analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*

St.meld. nr. 36 (2008-2009). *Det gode innkjøp*.

*Tilbudsloven*. Lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med de ændringer, der følger af lov nr. 572 af 6. juni 2007 [Danmark].

Utenriksdepartementet (UD). *Forslag til nytt anskaffelsesdirektiv*. November 2013. (<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/modernisering-av-anskaffelsesregelverket.html?id=662012>) [Sisert 22. november 2013].